

هداية الطالب

إلى أسرار المكاسب

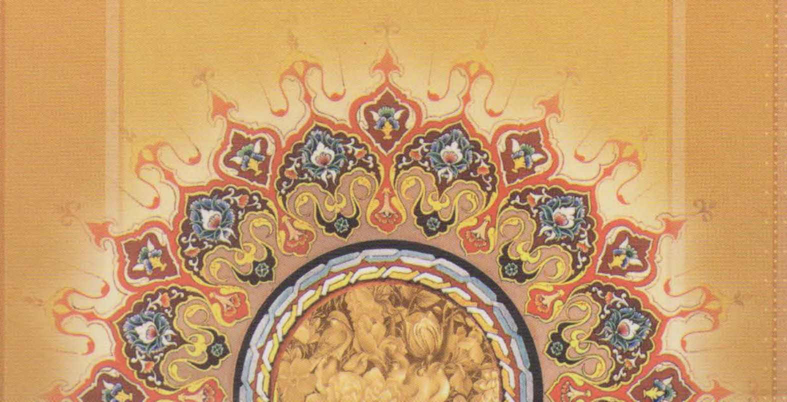
شرح لكتاب مكاسب الشيخ الأعظم الأنصاري (قدس سره)

بقلم:

الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي

الجزء الثاني

البيع - القسم الأول







شرح لكتاب مكاسب الشيخ مرتضى الأنصاري ﷺ

(١٢١٤ ـ ١٢٨١ هـ)

بقلم

الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي ﷺ

(١٢٩٦ ـ ١٣٧٢ هـ)

مع تطبيق النصوص المشروحة

على طبعة المكاسب الصادرة عن مطبعة الاطلاعات بتبريز

وطبعتها المحقّقة من قبل لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم في قم

الجزء الثاني

البيع ـ القسم الأول



شهيدی تبريزی، ميرفتاح، ۱۲۹۶ ـ ۱۳۷۲ ق.
هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: شرح الكتاب الشيخ مرتضى الأنصاری / بقلم الميرزا فتاح الشهيدی التبريزی. قم: فقه، ۱۳۸۵.
۵ ج.
ISBN 964 - 499 - 129 - X (دوره) ـ ISBN 964 - 499 - 193 - 1 (ج ۲) :
عربی.
فهرست‌نويسی بر اساس اطلاعات فيپا
موضوع: انصاری، مرتضی بن محمد امين، ۱۲۱۴ ـ ۱۲۸۱ق. المكاسب ـ نقد و تفسير.
۱ ـ معاملات (فقه).
انصاری، مرتضی بن محمد امين، ۱۲۱۴ ـ ۱۲۸۱ق. المكاسب، شرح.
BP۱۹۰ / ۱ / ۸الف ۷۰۲۱۵ م ۲۹۷/۲۲
كتابخانه ملی ايران ۴۶۱۵۱-۸۵م



دار الفقه للطباعة والنشر
اسم الكتاب: هداية الطّالب إلىٰ أسرار المكاسب / البيع / ج ۲
المؤلف: الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي قدس سره
الطبعة: الثانية ـ ۱۴۲۸ هـ. ق ـ ۱۳۸۶ هـ. ش
عدد المطبوع: ۳۱۰۰ نسخة
سعر الدورة: ۲۰,۰۰۰ تومان
شابك: ۱ ـ ۱۹۳ ـ ۴۹۹ ـ ۹۶۴ (جلد ۲) ISBN 964 - 499 - 193 - 1 (VOL.2)
شابك: X ـ ۱۲۹ ـ ۴۹۹ ـ ۹۶۴ (دوره ۵جلدی) ISBN 964-499-129-X (5 VOL.SET)
ص.ب. ۳۶۶۳ ـ ۳۷۱۸۵ ـ تلفن: ۷۷۳۴۸۷۳ ـ ۲۵۱ ـ ۹۸+



كتاب البيع

البيع وحقيقته

المعاطاة

عقد البيع وشروطه

شروط المتعاقدين

القول في شرائط العوضين

البيع وحقيقته

- في تعريف البيع وبيان حقيقته
- الصلح
- الهبة
- القرض
- معانٍ أُخرى للبيع
- البيع اسم للصحيح أو للأعم



الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيّدنا سيّد الأنبياء محمّد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الآن إلى قيام يوم الدين.

[البيع وحقيقته]

● [في تعريف البيع وبيان حقيقته]

٤/٧٩ قوله‌ﷺ: البيع في الأصل: مبادلة. البيع لغة ٣: ٧

أقول: للبيع وكذلك الشراء إضافتان: إضافة إلى الفاعل ومن يصدر عنه المبدأ، وإضافة أُخرى إلى المفعول وما يرد عليه المبدأ وهو المبيع والمال.

وهو بالنظر إلى الإضافة الأُولى عبارة عن التبديل والتعويض ونحو ذلك، وأمّا بالنظر إلى الإضافة الثانية؛ فلما أُخذ في مفهومه بلحاظ الإضافة المذكورة قيام كلّ واحد من المالين مقام الآخر فيما له من الأوصاف الاعتباريّة العقلائية التي لها آثار شرعيّة، كالملكيّة والوقفيّة والرّقية، وكان المقصود الأهمّ بيان مفهومه بهذا اللحاظ الثاني، فلا محيص عن تعريفه بالمبادلة؛ لإفادة قيام كلّ من المالين مقام الآخر، حيث إنّ التبديل ونحوه لا يفيد ذلك كما هو واضح.

وإلى هذه الإضافة الثانية ينظر الفيومي في تعريفه بما ذكر، فإشكال غير واحد من المحشّين على المتن عليه ـ بأنّ اللازم عليه من جهة كون البيع فعل شخص واحد بالضرورة التعبير بالتبديل بدل المبادلة ـ غفلة وذهول عن كونه بصدد تعريفه بلحاظ الإضافة الثانية لا الأُولى.

وهذا المعنى هو المقصود منه في قوله تعالىٰ: ﴿وذَرُوا البيْعَ﴾[1] و ﴿أحلّ

---

(١) الجمعة: ٩.

اللّهُ البيعَ﴾[1] وفي ما عداهما من الآيات، وكذا في الأخبار مثل قوله صلى الله عليه وآله: «البيعان بالخيار» و «إذا افترقا وجب البيع»، وكذا في قول الفقهاء: «كتاب البيع» و «أقسام البيع» و «أحكام البيع»، وسائر الموارد التي نعلم أنّ المراد منه فيها المعاملة الخاصّة المتقوّمة بقيام مالٍ مقام آخر.

وأمّا أنّ هذه المبادلة بين المالين: هل هو قائم بشخص واحد وهو صاحب المثمن؟ أو قائم بشخصين هو وصاحب الثمن؟ فيه وجهان لعلّ أظهرهما الأوّل؛ لأنّ إقامة كلّ من المالين مقام الآخر إنّما تحصل بمجرّد الإيجاب، ولا دخل فيها للقبول الذي هو فعل الآخر، إلّا في مرحلة التأثير والتأثّر، فتأمّل.

وكيف كان، فالبيع هو المبادلة بين المالين وتلوّن كلّ منهما بلون الآخر، بل جعل أحدهما عين الآخر، غاية الأمر اعتباراً لا حقيقة وتكويناً، فكلّ ما كان لأحد المالين من الأوصاف الاعتبارية العقلائيّة القابلة للانفكاك عن موصوفها لابدّ أن يثبت للمال الآخر، فقد يكون وصفه الملكيّة كما هو الغالب، وقد يكون غيره كما في بيع الوقف في صورة جوازه ونحو ذلك.

فتعريف البيع بالتمليك ليس في محلّه، وإنّما هو يتضمّن التمليك ويستلزمه في بعض الموارد لأجل خصوصيّة فيه مختصّة به، ومن هنا ذكر العلّامة أنّ التمليك حقيقة في الهبة وجعل «ملّكت» في إيجاب البيع من الكنايات وحكم بعدم صحّته. وقال الشهيد الثاني: إنّ «ملّكت» يفيد معنى غير البيع، فما ذكره الفخر من أنّ معنى «بعت» في لغة العرب: ملّكت غيري، إمّا خلاف التحقيق أو مبنيّ على الغالب في الأثر، فمن ذلك نقول: إنّ ثمن الوقف والرّهن يصير وقفاً ورهناً بنفس البيع ولا يحتاج إلى إنشاء الوقف والرّهن، ونقول أيضاً: إنّ العبد المشترى من الزكاة زكاة فهل ينعتق قهراً أو يحتاج إلى

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

عتق؟ فيه وجهان: ظاهر بعض الروايات هو الثاني، وسيأتي مزيد توضيح لذلك في بيع الغاصب من أقسام الفضولي.

٤/٧٩ **قوله: والظاهر اختصاص المعوّض بالعين.**

اختصاص المعوض بالعين ٣: ٧

أقول: يعني بها مقابل المنفعة، فيعمّ العين الشخصيّة والكلّي في المعيّن والكلّي في الذمّة، سواء كان استقراره في الذمّة بنفس البيع أو كان قبله بغير ذاك البيع، وعلى الثاني كان بيعه على من هو عليه أو على غيره.

وكيف كان، لا إشكال في ذلك بحسب العرف والشرع.

وأمّا بحسب اللغة فقد يقال ـ كما هو صريح المحشّين على المتن ـ: إنّ مقتضى تعريف المصباح من جهة التعبير بالمال عن المعوّض أيضاً نفي الاختصاص؛ حيث إنّ المال لغة أعمّ من العين والمنفعة، ومن هنا نسب التسامح إلى تعريف المصباح من حيث تعبيره عن الأخصّ بالأعمّ.

وفيه نظر؛ لأنّ المال كما في المجمع ـ على ما ببالي ـ أنّه في الأصل ملك الذهب والفضّة، ثمّ أُطلق على كلّ ما يتملّك من الأعيان. انتهى.

وهو كما ترى صريح في اختصاص المال بالعين مقابل المنفعة، ولا ينافيه ما في القاموس من أنّ المال ما ملّكته من كلّ شيء؛ لقوّة احتمال أن يكون العموم من حيث الأعيان قبال الاختصاص بالذهب والفضّة في الأصل، فيكون موافقاً لذيل كلام الطريحي، فمن هنا يعلم اختصاص المعوّض بالعين في اللغة أيضاً من دون حاجة إلى التمسّك بأصالة عدم النقل، وأنّ نسبة التسامح المذكور إلى تعريف المصباح ليس في محلّها.

نعم فيه تسامح من جهة أُخرىٰ، وهي: أنّه يعتبر في البيع عنوان المعوّضة في أحد المالين والعوضيّة في الآخر، والتعريف المذكور أعمّ من ذلك لشموله لما كان كلّ من المالين مثل الآخر في صحّة التعبير عنه بالمعوّض والعوض وهو ليس بيعاً بل ليس صلحاً أيضاً، بل الظاهر أنّه معاوضة مستقلّة يعبّر عنها

في اللغة الفارسية بـ«سوداگري»، ويعلم أيضاً أنّ العوض مثل المعوّض مختصّ بالعين لاعتبار كونه مالاً أيضاً، وقد مرّ اختصاص المال بالعين.

والظاهر عدم التصرّف في البيع من هذه الجهة أيضاً، فلا يجوز جعل المنفعة والحقّ معوّضاً ولا عوضاً في البيع، لعدم كونهما من الأموال وما تراه من إطلاق المال على المنفعة وبعض الحقوق في لسان العرف إنّما هو بلحاظ الأمر المرتكز، أعني تقوّمه بالذهب والفضة كما لا يخفىٰ.

هذا، والذي يظهر من المصنّف‌ﷺ هو التردّد في صدق المال على المنفعة، كما هو ظاهر لمن لاحظ كلماته في ضمان المنافع في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، مثل قوله: «بناء على صدق المال على المنفعة»، وقوله: «لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة»، بل ظاهر العبارة الثانية منع صدق المال عليها.

[و] لعلّك تتوهّم أنّه بعد منع صدق المال على المنفعة لا يبقى لك ما تستند إليه في ضمان المنافع؛ لاختصاص موضوع أدلّة الضمان بالمال المفروض اختصاصه بالأعيان، ولكنّه فاسد بما يأتي إن شاء الله في أحكام المقبوض بالعقد، فانتظر.

قوله: نعم ربّما استعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها. ٥/٧٩

أقول: الظاهر أنّ المستعمل له فيه مثل الشيخ‌ﷺ في محكي المبسوط حيث أطلق البيع على نقل خدمة العبد قد تبع في ذلك النصّ المشتمل على هذه الاستعمال، لا أنّه يرى جواز كون المعوّض من المنافع حتّى ينافي ما استقرّ عليه الاصطلاح؛ ولذا لم يتعدّوا في هذا الاستعمال عن مورد النصوص، وأمّا التعبير بالبيع في النصوص عن نقل بعض المنافع فإنّما هو بنحو من العناية.

قوله: وبيع سكنى الدّار.

أقول: يعني بالخبر المتضمّن له ما رواه في الوسائل في باب اشتراط كون

المبيع مملوكاً عن إسحاق بن عمّار عن العبد الصالح: «قال: سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله، وقد أعلمه من مضى من آبائه أنّها ليست لهم، ولا يدرون لمن هي، فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال عليه السلام: ما أُحبّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنّه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنّ يجيء لها ربّ أبداً؟ قال عليه السلام : ما أُحبّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكناها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم يبيعها على هذا».

والمراد من «مكانها في يده»: كونها فيها، بأن يكون المكان مصدراً ميميّاً، قال في الوافي: بيان «أو مكانها في يده» أي منزلتها عنده، كما يفسّره بقوله: «تكون في يدك كما تكون في يدي» انتهى.

أمّا تجويز نقل منفعة الدّار مع كونها لغير الناقل لا بأس به؛ لإمكان أن يكون منافعها لهم دونها بالوقف مثلاً.

جواز كون العوض منفعة ٣: ٨

٧/٧٩ **قوله: نعم نسب إلى بعض الأعيان.**

أقول: يمكن أن يكون مراد الناسب من البعض هو الآغا بهبهاني في رسالته العملية في المعاملات الموسومة بآداب التجارة، وهو الحقّ؛ حيث إنّ البيع قد أُخذ في مفهومه المال في طرف العوض أيضاً، وقد مرّ منع صدقه على المنفعة، فما كان من هذا القبيل فهو إجارة حقيقة، وإطلاق البيع عليه ـ لو سلّم ـ تسامح، فلا يعمّه أحكام البيع، ولا أقلّ من الشك فيرجع إلى الأُصول عند عدم القواعد اللفظيّة.

٨/٧٩ **قوله: ولعلّه.**

أقول: وجه المخالفة ما ذكرنا من اعتبار المالية في العوض، وأنّ المنفعة ليست بمال حقيقة، لا ما ذكره المصنّف رحمه الله .

جعل عمل الحرّ عوضاً ٣: ٨

قوله: وأمّا عمل الحرّ.

أقول: بناء على ما ذكرنا من منع صدق المال على المنفعة لا يجوز جعله عوضاً في البيع؛ لأنّه على كلّ حال من المنافع، وأمّا بناء على عمومه للمنفعة وصدقه عليها وجواز جعلها عوضاً في البيع، فلا ينبغي الإشكال في صحّة جعل عمل الحرّ عوضاً في البيع مطلقاً حتّى قبل وقوع المعاوضة عليه في معاملة أُخرى كالإجارة: بأن يستأجر شخصاً للخياطة مثلاً، ثمّ يشتري المستأجر كتاباً ويجعل ثمنه عمل خياطة ذاك الشخص الذي ملكه بالإجارة قبل بيع الكتاب وشرائه؛ وذلك ضرورة صدق المال عليه بناء على التعميم المفروض حتى قبل المعاوضة؛ حيث إنّه يصدق عليه ما جعلوه معنى المال من أنّه شيء يبذل بإزائه شيء، أو شيء يجري فيه الشحّ، أو شيء يدّخر لوقت الضرورة والحاجة وغير ذلك من المعاني؛ ولذا يصحّ جعله صداقاً في النكاح، وأخذ العوض بإزائه في الإجارة، فيصحّ جعله عوضاً في البيع قبل المعاوضة عليه مثل عمل العبد؛ لاشتراكهما فيما هو المعتبر في العوضيّة، أعني الماليّة.

نعم، يفترق عمل العبد عن عمل الحرّ في صورة عدم المعاوضة عليها قبل البيع بكون الأوّل ملكاً للسيّد بخلاف الثاني؛ فإنّه ليس ملكاً لأحد.

فإن قلت: بعد أن كان عمل الحرّ مالاً كعمل العبد، فما الوجه في ضمان الثاني إذا حبسه الظالم دون الأوّل؟

قلت: الوجه فيه: أنّ المدار في الضمان على إتلاف المال لكن لا مطلقاً بل بما هو مضاف إلى الغير كما هو مفاد أدلّة الضمان من دليل الإتلاف واليد، والإضافة إلى الغير موجودة في عمل العبد؛ لأنّه ملك المولى بالتّبع بخلاف عمل الحرّ؛ لأنّه ليس ملكاً لأحد، نعم له سلطنة تمليك أعماله للغير، وهذا من موارد انفكاك السلطنة عن الملكيّة ؛ فتأمّل فإنّ فيه كلاماً يأتي في المقبوض بالعقد الفاسد.

أقسام الحقّ وما يقع منها عوضاً ٣: ٨ـ٩

١٠/٧٩ قوله تَنِيُّ: أمّا الحقوق الأُخر.

أقول: الظاهر زيادة كلمة «الأُخر» وقد ضرب عليها الخطّ في بعض النسخ المصحّحة، وعلى تقدير وجودها لابدّ أن يكون معناها المغايرة ويكون التوصيف للتوضيح، يعني: وأمّا الحقوق المغايرة للمنافع أو نحو ذلك.

وكيف كان، ففي بعض الحواشي: أنّ في صحّة جعل عوض المبيع شيئاً من الحقوق خلافاً بين المتأخّرين بعد اتفاقهم على أنّ المبيع لابدّ أن يكون عيناً، فأثبته صاحب الجواهر تَنِيُّ تمسّكاً بإطلاق الأدلّة والفتاوى، ونفاه بعض الأساطين في شرحه على القواعد على ما حكي عنه، وفصّل المصنّف بين أقسام الحقّ: فجزم بالنفي فيما لا يقبل المعاوضة بالمال، وكذا فيما لا يقبل المعاوضة بالمال، وكذا فيما لا يقبل النقل، واستشكل فيما هو قابل للنقل في مقابل المال. انتهى.

أقول: المراد من القسم الأوّل: ما لا يقبل الإسقاط والنقل؛ لأنّ مقابلة الحقّ بالمال إمّا أن يكون على اسقاطه وإمّا أن يكون على نقله، فإذا لم يقبل المقابلة بالمال فلابدّ أن لا يكون قابلاً للنقل والإسقاط، وذلك كحقّ الحضانة والولاية.

والمراد من القسم الثاني: ما يقبل الإسقاط دون النقل؛ إذ مقتضى المقابلة للقسم الأوّل أنّه قابل للمقابلة بالمال وإعطاء المال بإزائه، فإذا لم يقبل النقل فلابدّ أن يكون قابلاً للإسقاط كي يصحّ جعله في مقابل المال ويخرج المعاملة من السفهيّة، وذلك مثل حقّ الخيار والشفعة؛ فإنّهما غير قابلان للنقل الاختياري وإن كانا يقبلان النقل القهري إذا وجد سببه كالإرث كما هو المعروف، وهو مشكل عندنا كما يأتي إن شاء الله في أحكام الخيار، ولكنّهما قابلان للإسقاط.

والمراد من القسم الثالث : ما كان قابلاً لكلا الأمرين نظير حقّ التحجير،

بناءً على عدم حدوث الملك بمجرّد ذلك، وإلّا ـ كما لا يبْعد ـ فهو خارج عن موضوع البحث.

والظاهر أنّ الخلاف بين المصنّف وصاحب الجواهر ﴿رحمهما الله﴾ إنّما هو فيما عدا القسم الأوّل؛ حيث لا شبهة لأحد في أنّ البيع من المعاوضات، فلابدّ فيه من كون العوضين ممّا يبذل بإزائه شيء عند العقلاء، والقسم الأوّل ليس كذلك؛ ولعلّ الوجه في عدم تعرّض صاحب الجواهر لعدم صحّة جعل هذا القسم عوضاً وإطلاق كلامه مع وضوحه: أنّ هذا ليس من الحقوق بل من الأحكام؛ لأنّ الحقّ لابدّ فيه أن يكون قابلاً لأحد الأمرين، فينحصر الحقّ في الأخيرين.

وأمّا القسم الثاني : فجعله عوضاً عن المبيع يتصوّر على وجهين:

الأوّل: أن يكون غرض البائع والمشتري كون المبيع بإزاء هذا النحو من الحقّ بطور النقل، بأن يقول: بعتك هذا الكتاب بحقّ لك عليّ على أن ينتقل منك إليّ.

الثاني: أن يكون الغرض كونه بإزائه على نحو الإسقاط، بأن يقول بعتك هذا بحقّ لك عليّ على أن يزول منك ويسقط.

ولا إشكال في خروج الأوّل عن محلّ البحث بينهما من دون فرق بين أن يكون من عليه الحقّ هو البائع كما في المثال، أو غيره كما في قولك: بعتك هذا بحقّ لك على زيد على أن ينتقل منه إليّ؛ إذ المفروض عدم قابليّته للنقل، ومعه كيف يمكن لصاحب الجواهر تجويز جعله عوضاً؛ لأنّه خلف؛ إذ مرجعه إلى عدم العوض؟ فنسبة الخلاف إليه هنا افتراء صرف.

وأمّا الوجه الثاني: أعني كون الغرض جعل المبيع بإزاء الحقّ بطور الإسقاط، فتحته صورتان:

إحداهما: أن يكون من عليه الحقّ هو البائع.

والأُخرى: أن يكون غيره. ومنشأ النزاع في الصورة الثانية يمكن أن

يكون النزاع في اعتبار أحد أمرين وعدمه، إمّا اعتبار النقل والتمليك من الطرفين، وإمّا اعتبار صرف رجوع كلّ من العوضين إلى مالك الآخر ولو بغير الانتقال إليه، مثل رجوعه إلى صاحب الآخر بانتفاعه بزواله عنه، فمن يقول باعتبار الأوّل كالمصنّف أو يقول باعتبار الثاني يقول بعدم الصحّة لانتفاء كلا الأمرين، أمّا الأوّل: أعني النقل، فلفرض عدم قابليّته له، وأمّا الثاني: أعني رجوع الحقّ إلى البائع ولو بانتفاعه بالسقوط، فلفرض عدم كون الحقّ عليه، ولا ينتفع بسقوط الحقّ إلّا من عليه الحقّ وهو غير البائع.

وأمّا الصورة الأُولى: فمنشأ النزاع فيها منحصر في النزاع في اعتبار خصوص الأمر الأوّل، وهو النقل من الطرفين وعدم اعتباره لوجود الأمر الثاني فيها، فمن قال باعتباره كالمصنّف يقول بالبطلان، ومن قال بعدمه واكتفى بمجرّد الانتفاع ولو كان في ضمن السقوط كصاحب الجواهر، قال بالصحّة.

فما كان منشأ النزاع في الصحّة والفساد منحصراً بخصوص الخلاف في اعتبار النقل من الطرفين وعدمه هو الصورة الأُولى من صورتي القسم الثاني، وهي صورة كون من عليه الحقّ هو البائع، فمراد المصنّف من القسم الثاني ـ بقرينة تعليله البطلان بخصوص اعتبار النقل والتمليك من الطرفين في البيع ـ هو هذه الصورة الأُولى، وإلّا لما اكتفى به في مقام التعليل، فتأمّل.

وحاصل مرامه ﷺ: أنّه لا يصحّ جعل الحقّ الغير القابل للنقل عن ذيه عوضاً عن المبيع على وجه الإسقاط؛ لأنّ البيع من النواقل حتّى من طرف المشتري، ولا نقل هنا من طرفه لعدم إمكانه حسب الفرض، مضافاً إلى عدم قصد النقل؛ إذ الفرض قصد العوضيّة على وجه الإسقاط، نعم لو كان البيع أعمّ من النقل والإسقاط لصحّ ذلك.

ولا بأس بشرح العبارة كي يندفع عنها الإشكال بحذافيره فنقول: إنّ صاحب الجواهر ﷺ بعد أن اختار جعل الحقّ عوضاً تارة على وجه الإسقاط

ومثّل له ببيع العين بحقّي الخيار والشفعة على معنى سقوطهما، وأُخرى على وجه النقل إلى البائع ومثّل له ببيع العين بحقّ التحجير ـ مستنداً في ذلك إلى إطلاق الأدلّة والفتاوى ـ استدرك كلام كاشف الغطاء الذي منع عن ذلك، ثمّ استظهر منه إرادة العوضيّة على وجه الإسقاط، وذكر في وجه منعه أنّ البيع ليس من المسقطات بل من النواقل، واستشكل عليه بقوله:

وفيه: أنّه يصحّ بيع الدين على من هو عليه، ولا ريب أنّه ليس فيه إلّا الإسقاط دون النقل والتمليك، ولو باعتبار أنّ الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذي يقرّر بعينه في حقّي الخيار والشفعة. انتهىٰ.

ولمّا كان هذا الإشكال يرد على المصنّف القائل بمقالة كاشف الغطاء من اعتبار النقل من الطرفين في البيع ـ وجه الورود: أمّا في طرف المثمن فواضح، وأمّا في طرف الثمن فبالأولويّة والإجماع؛ لأنّ كلّ من اكتفى بمجرّد الإسقاط في طرف المثمن فقد اكتفى به في طرف الثمن بطريق أولى؛ حيث إنّه كان يقتضي كون البيع أعمّ من النقل والتمليك والإسقاط المستلزم لصحّة جعل الحقّ القابل للإسقاط دون النقل عوضاً عن المبيع ـ تعرّض ﴿قدس سره﴾ لدفعه بقوله: «ولا ينتقض...».

وحاصل الدفع: أنّه إن أُريد من الملكيّة المنفيّة في قوله: «إنّ الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه» الظاهر في إرادة عدم معقوليتها الملكيّة الابتدائية، أي حدوثها، فعدم معقوليّتها ممنوع؛ إذ لا مانع عقلاً من كون الإنسان مالكاً على ما في ذمّته ثمّ يسقط، ومن هنا صار أمر الإبراء ملتبساً، فجعله الشهيد﴿رحمه الله﴾ مردّداً بين التمليك والإسقاط، ويأتي الكلام إن شاء الله في وجه الترديد، فلو لم يعقل ملكه على ما في ذمّته على نحو يترتّب عليه السقوط لم يكن وجه للترديد المذكور كما هو ظاهر.

وإن أُريد الملكية الاستدامية وبقاؤها عليه ما لم يطرأ عليه أحد النواقل،

فهو مسلّم ولكن لا ضير فيه، هذا ويمكن الخدشة عليه بمنع عدم المعقوليّة فيه أيضاً إلّا أن يراد منه مجرّد عدم مساعدة العرف والعقلاء عليه، لا حكم العقل بالاستحالة أو عدم قدرته على التصوير.

ثمّ إنّه لمّا كان قد يتوهّم جريان تقرير وجه الدفع في المثال الذي مثّل به صاحب الجواهر رحمه الله ـ وهو بيع العين بحقّي الخيار والشفعة التي استشهد به عليه دفعه المصنّف بقوله: «والحاصل...» ـ ومحصله: أنّ الإسقاط فرع النقل والانتقال، وهو مع أنّه خلاف الفرض من وجهين؛ إذ المفروض عدم قابليّته للنقل، والمجعول عوضاً إنّما كان على وجه الإسقاط لا على وجه النقل مستلزم لاتحاد المسلّط والمسلّط عليه، ومرجعه إلى التناقض.

فإن قلت: ما الوجه في اكتفاء المصنّف قدس سره في دفع التوهّم المذكور بالاستحالة ولم يتعرّض لغيرها كما ذكر؟

قلت: الوجه فيه وضوح ذاك الغير من ملاحظة عنوان البحث، أعني عوضيّة ما لا يقبل النقل من أقسام الحقوق، وإن شئت فقل: إنّه قطع النظر عن العنوان لأجل الإشارة إلى أمر دقيق، ومن التأمّل فيما ذكرنا يعلم فساد الإيراد على العبارة بأنّ هذا الكلام مختلّ النظام:

أمّا أوّلاً: فبأنّه في مقام بيان عدم صحّة جعل الحقّ الغير القابل للنقل عوضاً وفساده فلا يناسب التعليل بقوله: «لأنّ البيع تمليك الغير»؛ لأنّه لا يدلّ على لزوم النقل من طرف الثمن الذي هو محلّ البحث.

وأمّا ثانياً: فلأنّه لا يناسب النقض ببيع الدّين على من هو عليه؛ لاختصاص مورده بالمعوّض.

وأمّا ثالثاً: فلأنّه منقوض بجعل الحقّ عوضاً عن مال غير من عليه الحقّ؛ إذ ليس فيه اتّحاد المسلّط والمسلّط عليه.

وجه الفساد: أمّا في الأوّل: فلأنّ مراده تمليك الغير على وجه المبادلة؛

لاختياره تعريف المصباح في اعتبار المبادلة، ولا يحصل ذلك إلّا بالنقل من الطرفين على ما مرّ تفصيله، وإنّما لم يكتف بمجرّد ما مرّ نقله عن المصباح وأتى بتلك العبارة التي تراها إمّا للتفنّن، وإمّا نظراً إلى عدم إفادته للنقل والتمليك، لكون المبادلة أعمّ من النقل.

وأمّا في الثاني: فلأنّ الغرض النقض بنحو الأولويّة؛ حيث إنّ كلّ من اكتفى بالإسقاط في طرف المعوّض فقد اكتفى به في طرف العوض بطريق أولى.

وأمّا في الثالث: فلما مرّ من اختصاص محلّ الكلام بجعل الحقّ عوضاً عن مبيع من عليه الحقّ على وجه الإسقاط، فالنقض بما ذكر أجنبيّ عن محلّ النزاع قد نشأ عن توهّم عمومه للصورة المذكورة وغيرها.

هذا تمام الكلام في القسمين الأوّلين من أقسام الحقوق، وأمّا القسم الثالث: وهو ما كان قابلاً للمقابلة بالمال من جهة قابليّته للنقل والإسقاط معاً، فمجمل القول فيه: أنّه إمّا أن يجعل عوضاً عن المبيع على وجه الإسقاط فحاله حال القسم الثاني، وإمّا على وجه النقل وهو المقصود بالبحث هنا، ولعلّ منشأ إشكال المصنّف‌ﷺ فيه هو الإشكال في المراد من المال المأخوذ في تعريف البيع في عوضيه، فإن كان المراد ما يصحّ أن يكون طرفاً للإضافة والسلطنة ومتعلّقاً لهما، فلا يصحّ عوضيّة الحق المذكور؛ لأنّ الحقّ إمّا مرتبة ضعيفة من الملكيّة أو عبارة عن نفس السلطنة، وعلى كلّ تقدير : يكون هو من قبيل نفس الإضافات لا من أطرافها.

ومن هنا يظهر وجه آخر لعدم صحّة العوضيّة في البيع فيما تقدّم من أقسام الحقّ، وإن كان المراد منه مطلق ما يرغب فيه العقلاء ويبذلون شيئاً بإزائه، ولو كان من قبيل الإضافة والسلطنة، فيصحّ عوضيّته، ومن هذا البيان يظهر فساد توهّم الإيراد على المصنّف‌ﷺ بأنّه بعد تسليم مقابلة هذا النحو من

الحقّ بالمال، كيف يمكن أن يكون أخذ المال في عوضي البيع وجهاً لعدم الجواز؟ فتأمّل.

فعلم من جميع ما ذكرنا أنّ المصنّف يمنع من عوضيّة الحقّ بجميع أقسامه، أمّا الأوّلان فواضح، وأمّا الأخير فلأنّه مع الشك في صحّة عوضيّته يرجع إلى الأصل المقتضي لعدم الصحّة.

هذا، ولا يخفى عليك أنّ ما ذكرنا في هذه الحاشية إنّما هو مبنيّ على مذاق القوم القائلين بانقسام الحقوق من حيث القابلية للإسقاط والنقل إلى ثلاثة أقسام ومنهم المصنّف، وأمّا بناء على المختار من كون الحقوق كلّها من قبيل الأحكام؛ أمّا الوضعيّة كما في بعض الموارد، أو التكليفية كما في البعض الآخر على ما تقدّم تفصيله في مسألة كفّارة الغيبة من المكاسب المحرّمة، فلا إشكال في عدم صحّة عوضيّة الحقّ في البيع مطلقاً، وإن شئت بصيرة في المقام فراجع هناك ولاحظ وتأمّل.

١١/٧٩ **قوله**: **ولذا جعل الشهيد في قواعده الإبراء.**

أقول: ذكره في ذيل قاعدة عنوانها هذا: «قد يتردّد الشيء بين أصلين يختلف الحكم فيه بحسب دليل الأصلين، منه: الإقالة» إلى أن قال: «ومن المتردّد بين الأصلين الإبراء: هل هو إسقاط أو تمليك؟».

أقول: لعلّ نظره في وجه الترديد إلى أنّ الدّين لأحدٍ على آخر له ربط إلى الدائن وربط إلى المديون، فالدين مثل حبل أحد طرَفيهِ بيد المالك وطرفه الآخر على ذمّة المديون، والإبراء عبارة عن قطع الربط وإخلاء الذمّة عن الدين، وهو كما يتحقّق بقطع ربطه بالمديون ورفع كونه عليه وإزالته عنه، كذلك يتحقّق بقطع ربطه بالدائن ورفع يده عن ملكه وجعله للمديون، فهو بلحاظ قطع الرّبط بالطور الأوّل إسقاط له عن ذمّة المديون ويلزمه زوال ملكه عنه؛ ضرورة عدم ملك الكلّي بدون الذمّة؛ وبلحاظ قطعه بالطور الثاني تمليك له للمديون

ويلزمه السقوط عن الذمّة وخلوّها عنه، وحيث لم يعلم أنّ حقيقة الإبراء إخلاء الذّمة عن الدين بالنحو الأوّل أو الثاني جعلﷺ أمره بحسب الوضع اللغوي مردّداً بينهما.

ويظهر الثمرة في برء النذر به وعدمه لو نذر تمليك مال لشخص.

ومن البيان المذكور ظهر أنّ حكم السيّد العلّامة الأُستادﷺ بفساد احتمال التمليك ليس بذلك الوضوح.

والإنصاف: أنّ الحقّ ما ذكرهﷺ ؛ لأنّ الإبراء من البرء والبراءة، والظاهر أنّ معناه الحقيقي هو الانصراف والمفارقة عن الشيء ، فقد يكون في مقابل الشيء المنصرف عنه شيء آخر، فيلزم الانصراف منه التوجّه إلى الشيء المقابل له ، ومنه قولهعليه السلام في زيارة العاشور: «برئتُ إلى الله وإليكم منهم» فإنّهم لعنهم الله مقابلون لله تعالى ومحمّد وآل محمّد عليهم الصلاة والسلام، فالبراءة والانصراف منهم ـ لعنهم الله ـ يلازمه التوجّه إليه تعالى وإليهم صلوات الله عليهم.

ومنه قوله تعالىٰ: ﴿بَرَاءةٌ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدتُمْ مِنَ المُشْرِكِينَ... الآية﴾[1]؛ حيث إنّ «من» في ﴿مِنَ اللهِ﴾ قد دخلت على فاعل البراءة ومن يوجدها ويصدر عنه، وأمّا المفعول المجرور بـ﴿من﴾ فمحذوف وهو الأمان والصبر عن المحاربة وتركها، فيكون المعنى: براءة وانصراف قد وجدت وصدرت من الله ورسوله من النهي عن محاربة المشركين وقتلهم إلى الإذن فيها.

وقد لا يكون في مقابلة شيء وجودي، كما في البراءة من الدين والبرء عن المرض، فيكون خالياً عن معنى التوجّه إلى شيء آخر، فعلى هذا يكون معنى الإبراء من الدين هو صرف الدين عن المديون وتفريقه

---

(١) التوبة: ١.

عنه ويلزمه السقوط.

وأمّا التمليك فهو أجنبيّ عن معنى البراءة بالمرّة فلا وجه لاحتماله، فافهم.

تعاريف الفقهاء والمناقشة فيها ٣: ١٠ـ١١

١٩/٧٩ **قوله: وأنّ المعاطاة عنده بيع.**

أقول: قد يجاب عن ذلك بأنّ مراده تعريف البيع اللازم، وهو كما ترى، ويمكن أن يجاب عنه بأنّ مراده من الصيغة أعمّ من القوليّة والفعليّة، وهذا ليس ببعيد غايته.

٢٠/٧٩ **قوله: لا يعقل انشاؤه بالصيغة.**

أقول: ذكر بعض الأفاضل أنّه منقوض بمثل الإذن الصريح الذي يتفرّع عليه آثار خاصّة لا تتفرّع على مجرّد الرّضا وشهادة الحال، فإنّه عبارة عن الرضا المنشأ بصيغة مخصوصة وهي صيغة «أذنت»، فكما يعقل إنشاء هذا الإذن بلفظ «أذنت» على ضرب من التجريد كذلك إنشاء النقل المدلول عليه بلفظ خاصّ بخصوص هذا اللفظ، ويشبه هذا أيضاً ما إذا قال القائل: «أتكلّم» قاصداً به التكلّم الحاصل بهذا اللفظ، فيكون من قبيل القضايا الطبيعيّة التي يشمل نفسها، كما إذا قال القائل: «إنّي إذا تكلّمت يوجعني لساني»، فإنّه يشمل نفسه، فيمكن أن يكون البيع هو النقل الحاصل بلفظ «بعت» على نحو دخول التقييد وخروج القيد، وينشأ هذا بلفظ «بعت»، فتدبّر جيّداً.

١٨/٧٩ ـ ١٩ **قوله: ويرد عليه مع أنّ النقل ليس مرادفاً للبيع.**

أقول: إن كان مراده عدم مرادفة جنس التعريف وهو النقل المجرّد عن قيد كونه بالصيغة المخصوصة فالأمر كما ذكره؛ إلّا أنّه ليس بشيء؛ إذ اللازم هو المرادفة بين المعرّف بالفتح وتمام المعرّف بالكسر، وإلّا لا يسلم تعريف عن هذا الإيراد، ومنه تعريفه ﵀؛ ضرورة أنّ الإنشاء ليس مرادفاً للبيع وإن كان مراده عدم مرادفة تمام التعريف بجنسه وفصله، ففيه منع واضح؛ وعلى هذا

فعدم جواز إيجاب البيع به لعلّه من جهة عدم إمكان إنشائه كما ذكره المصنّف، أو من جهة أنّ المعيار في الصراحة المعتبرة في ألفاظ العقود عند بعض صراحة اللفظ بنفسه من دون انضمامه بقيود يكون اللفظ معها نصّاً في المطلوب، وليس لمادّة النقل صراحة في البيع بدون الضميمة، بل معها أيضاً كما إذا بيع شيء بإزاء ما هو راجع إلى المسجد، فإنّه لا ينقل إلى المشتري بل يكون مثل الثمن راجعاً إلى المسجد.

ثمّ إنّ العلّامة لم يصرّح في التذكرة بعدم إيجاب البيع بلفظ «قبلت» ولم يجعله من الكنايات؛ حيث إنّه قال: ويشترط ـ يعني في الصيغة ـ أُمور... إلى أن قال: الرابع: التصريح، فلا يقع بالكناية مع النيّة مثل: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذه منّي وسلّطتك عليه بكذا عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأنّ المخاطب لا يدري بمَ خوطب به؟ انتهىٰ.

قوله: لأنّه إن أُريد... ٢١/٧٩

أقول: هذا علّة لما هو العلّة في الحقيقة لعدم الاندفاع بما ذكره، وهو صحّة إرادة ما ذكر في وجه الاندفاع، يعني: ولا يندفع بما ذكر؛ لأنّه لا يصحّ إرادته حتّى يندفع به؛ لأنّه إن أُريد... إلى آخره.

ومحصّله: أنّه يلزم من إرادته أحد المحذورين: الدور على تقديرٍ، ولزوم الاقتصار على النقل والتمليك وترك التقييد بالصيغة المخصوصة.

قوله: لأنّه إن أُريد... إلى قوله: لزم الدور.

أقول: يمكن اختيار هذا الشق ودفع الدور بأنّه إنّما يلزم لو أُريد من «بعت» معناه لا لفظه، وهو ممنوع؛ إذ المفروض في وجه الاندفاع كون النقل مدلول الصيغة، ومعلوم أنّ الذي يدلّ عليه إنّما هو لفظ «بعت» لا معناه.

فممّا ذكرنا هنا والحواشي السابقة يظهر أنّ تعريف جامع المقاصد سليم عن الإيراد عليه بما في المتن من الوجوه الثلاثة، نعم يرد عليه شيء آخر أشرنا

إليه سابقاً، وهو أنّ البيع ليس نقلاً وإنّما يتضمّنه في بعض الموارد دون الأُخر، وقد مرّ مثاله.

الأولى في تعريف البيع ٣: ١١

٢٢/٧٩ **قوله ﴿﴾: ولا يلزم عليه شيء ممّا تقدّم.**

أقول: قد استشكل على هذا التعريف بأنّ البيع بالضرورة من قبيل المنشأ لا الإنشاء، فلا يصحّ تعريفه به.

وفيه: أنّه إنّما يرد لو كان المعرّف ـ بالفتح ـ هو البيع بمعناه الاسم المصدري، وليس الأمر كذلك وإنّما هو بصدد تعريفه بالمعنى المصدري، وذلك بقرينة قوله ﴿﴾ فيما بعد: «ثمّ إنّ ما ذكرنا تعريف للبيع المأخوذ في صيغة بعت وغيره من المشتقّات»؛ حيث إنّ المبدأ المأخوذ فيه وفي سائر المشتقّات عنده على خلاف التحقيق هو المصدر لا اسم المصدر، والشاهد على ذلك قوله في أواخر المبحث عند بيان وجه التمسّك بإطلاقات أدلّة البيع: «أو على المصدر الذي يراد من لفظ... إلى آخره».

ومن هذا يعلم المراد من قوله قبل هذه الجملة: «إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: بعت»؛ إذ بهذا يتّضح أنّ قوله: «الذي يراد» هناك صفة للمصدر لا الحاصل.

وبالجملة: المعرّف ـ بالفتح ـ عنده هو المصدر وقد أُخذ في مفهومه الإضافة إلى الفاعل بنحو الإصدار والإنشاء، ولمّا كانت هذه الإضافة من المعاني الحرفيّة التي ليس لها لفظ خاصّ عبّر عنها بالاسم، فأدرج لفظ الإنشاء في التعريف لإفادة هذه الإضافة، ومع ذكره لابدّ أن يراد من التمليك في التعريف هو بالمعنى الاسم المصدري لا المصدري، وإلّا يكون ذكره مستدركاً.

وممّا ذكرنا يعلم أنّ المراد من الإنشاء في التعريف ليس مقابل الإخبار كما توهّم كي يقال: إنّ البيع ممّا يطرأ عليه الإنشاء والإخبار، بل المراد منه تلك الإضافة المأخوذة في مفاهيم المصادر، وهو تارة يخبر عنه كما في «باع فلان

داره» أي أوجده، وأُخرى يُنشئ أي يقصد وجوده في الخارج بالقول أو الفعل.

وقد يستشكل على تعريف المصنّف بأنّ العوض غير مأخوذ في مفهوم البيع وضعاً؛ ولذا يصحّ الإخبار بالبيع عمّن قال: «بعت هذه الدار» بدون ذكر العوض. والوجه فيه أنّه موضوع للأعمّ من الصحيح والفاسد؛ ولذا تراهم يذكرون البيع بلا ثمن ويختلفون في حكمه فلو لم يكن بيعاً لم يكن لهذا وجه.

وفيه: أنّ كون البيع من المعاوضات من الواضحات، وما ذكر في وجه صحّة الأخبار بالبيع في الفرض المذكور من وضعه للأعمّ إنّما يجدي بعد إحراز أصل المسمّى، وهو ممنوع، وإطلاق البيع عليه لو سلّم تسامح، نعم يرد على التعريف المذكور مثل ما أوردناه على تعريف جامع المقاصد، وهو أنّ البيع ليس تمليكاً وإنّما هو من لوازمه الغالبة، كما أشرنا إليه آنفاً، فالأولى تعريفه بما مرّ عن المصباح، فتدبّر.

الإيراد الثاني وجوابه ٣: ١١ـ١٢

قوله: نظير تملّك ما هو مساوٍ لما في ذمّته. ٢٤/٧٩

أقول: هذا تنظير لمجرّد سقوط ما في الذمّة قهراً بدون الإسقاط لرفع الاستبعاد في بيع الدين على من هو عليه، ولكن السقوط القهري في المقيس عليه مشكل؛ لأنّه على خلاف القاعدة مع عدم الدليل عليه، بل قد تقدّم الإشكال فيه في المقيس أيضاً.

قوله: ولذا قال فخر الدين: إنّ معنى بعت في لغة العرب: ملّكت غيري. ٢٥/٧٩ ـ ٢٦

أقول: قد تقدّم عن الشهيد الثاني ﷺ: أن ملّكت يفيد معنى غير البيع، وقد ذكرنا أنّ التمليك إنّما يلزم البيع غالباً؛ ولذا جعله العلّامة من الكنايات.

الإيراد الرابع وجوابه ٣: ١٢ـ١٣

قوله: وفيه أنّ التمليك فيه ضمني. ٢٨/٧٩

أقول: ليس المراد من الضمنية ما يدلّ عليه اللفظ تضمّناً قبال المطابقة والالتزام؛ إذ ربّما ينعقد البيع بدون اللفظ كما في المعاطاة، بل المراد منها كون

التمليك وسيلة إلى ما هو المقصد الأصلي قبال كونه أصلاً؛ لتعلّقه بالمقصد الأصلي، فكلّ مال كان من قبيل المقاصد فهو المبيع وصاحبه المملّك بالأصالة وهو البائع، وكلّ مالٍ كان من قبيل الوسائل فهو الثمن وصاحبه المشتري والمملّك بالتّبع، ولأجل التوصّل إلى المقصد.

ويدلّ على ذلك: أصل الحكمة في مشروعيّة البيع، وهي أنّ نوع الإنسان غالباً يحتاج إلى ما في أيدي الناس ويشتهيه؛ لعدم نهوض كلّ شخص بكلّ ما يحتاج إليه، فكلّ شيء كان مقصده فهو المبيع، إلّا أنّه لمّا لا يحصل مقصوده مجّاناً يتوصّل إليه بشيء وهو الثمن، وبهذا يمتاز البائع عن المشتري، كذا حكى عن العلّامة الأُستاذ المولى المحقّق المدعوّ بالشريعة قدّس الله روحه، فاحفظ ينفعك فيما يأتي الكلام في تمييز البائع عن المشتري في رابع تنبيهات المعاطاة.

الإيراد الخامس وجوابه ٣: ١٣

٣٠/٧٩ **قوله: بل معناه الأصلي هو التسالم.**

أقول: لعلّ مراده أنّ معناه: التجاوز عن المال المتعلّق به الصلح والإعراض عنه، لكن في الجملة وبالنسبة إلى شخص خاصّ، لا بالجملة وبالنسبة إلى كلّ أحد، فالمال الذي يأخذه المصالح عن المتصالح في مورد الصلح المعاوضي إنّما يأخذه في قبال رفع اليد والإعراض فيتملّكه المتصالح بالحيازة مثل المباحات، فالصلح ليس من باب التمليك أصلاً، بل من باب الإعراض، وتملّك المتصالح لمتعلّق الصلح من سنخ تملّك المباحات الأصليّة وليس فيه شائبة قبول التمليك؛ إذ المفروض انتفاء التمليك فتدبّر فإنّه لا يخلو من إشكال.

[● الصلح]

حقيقة الصلح ٣: ١٣

٣٢/٧٩ **قوله: وقد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين.**

أقول: ولا إشكال في صحّة ذلك لروايتي الحلبي وأبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام : «في رجلين اشتركا في مالٍ فربحا، وكان من المال دين وعين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال، والربح لك وعليك التّوى. فقال عليه السلام : لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط مخالف لكتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عزّوجلّ»، وإنّما الإشكال في أنّه يصحّ مطلقاً كما هو قضيّة إطلاق المحقّق في الشرائع والعلّامة في القواعد، أم يصحّ عند انتهاء الشركة وإرادة فسخها كما في الدروس والمسالك وجامع المقاصد؟

الظاهر هو الثاني؛ إذ الظاهر من الرواية تحقّق الشركة وكذلك حصول الربح، فلا يعمّ صورة اشتراط ذلك في عقد الشركة.

وكذلك الظاهر من قوله: «أعطني رأس المال» مطالبته بالفعل وعدم الرّضا بالعمل به فيما بعد، فلا يعمّ اشتراطه في أثناء الشركة مع بقائها على ما كانت عليه قبل ذلك.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ المراد من الربح هو الربح الموجود بقرينة قوله: «فربحا»، ومن «التّوى» هو التلف المترقّب؛ لأجل كون المال ديناً يحتمل عدم وصوله لجهة من الجهات.

وكيف كان، ليس في الرواية ما يدلّ على كون ذلك بطور الصلح إلّا قوله: «إذا اشترطا» وهو أعمّ من ذلك؛ إذ المراد منه العقد الموجب لكون رأس ماله له والربح والخسران لشريكه، وهو كما يكون صلحاً كذلك يمكن أن يكون بيعاً: بأن ينقل حصّته من المال المشترك بينهما عيناً وديناً إلى شريكه بمقدار حصّته من رأس ماله: إمّا على ذمّة شريكه وإمّا في المال المشترك بطور الكلّي في المعين، إلّا أن يقال: نعم، لكن قضيّة إطلاق نفي البأس هو الحمل على الصلح؛ إذ على البيع لابدّ من تقييده بعدم لزوم الرّبا، فتأمّل.

وعلى أيّ تقدير: فالصلح هنا قد تعلّق بالنقل والانتقال، فلا وجه لجعله

قسماً على حدّه، اللهمّ إلّا أن يكون نظره ﷺ في ذلك إلى عمومات الصلح، أو إلى الرواية المتقدّمة بتعميمها؛ لكون الصلح في أثناء الشركة مع بقائها على حالها مع فرض تعلّق الصلح بالربح المستقبل بطور شرط النتيجة، ولكن قد مرّ عدم عمومها له، فتأمّل.

[● الهبة]

٤/٨٠ قوله: وأمّا الهبة المعوّضة.

حقيقة الهبة المعوضة ٣: ١٤-١٥

أقول: قد تطلق الهبة ويراد بها ما يرادف العطيّة، وهو صرف تمليك المال بلا عوض، فتشمل الهدية والجائزة والنحلة والصدقة والوقف، وبهذه الملاحظة عبَّر عنها في الشرائع بكتاب الهبات، بل تشمل الوصية أيضاً.

وقد يطلق ويراد بها ما يقابل المذكورات وهو تمليك المال ملكاً طلقاً منجّزاً بلا عوض بإزاء المال الموهوب من غير اشتراط بالقربة غير ملحوظ فيه عنوان آخر وراء التمليك، فيخرج: الوقف؛ لعدم كونه تمليكاً أصلاً أو لعدم كونه طلقاً، والصدقة؛ لكونها مشروطة بالقربة، والوصيّة؛ لكون التمليك فيها معلّقاً على الموت، والهدية؛ إذ يلاحظ فيها إرسال شيء إلى شخص بقصد التكريم والتعظيم، وكذا الجائزة؛ لأنّها الإعطاء من سلطان أو والٍ أو نحوهما بلحاظ خصوصيّة في المجاز من عمل أو وصف.

وأمّا النحلة فقد يقال: إنّها مرادفة للهبة بالمعنى الثاني، والظاهر من بعض الأخبار مغايرتها لها؛ ولعلّه لأنّها تمليك خصوص العقار للأولاد أو مطلق الأرحام؛ لإدرار معاشهم شفقة عليهم، فتدبّر.

وكيف كان، فالهبة بالمعنى الأخصّ تمليك مجّاني لم يلحظ فيه خصوصية عنوان آخر، فتارة يشترط العوض في أصل التمليك المجّاني فيكون كلّ من التمليكين مجّانياً، وأُخرى يعوّضه المتّهب بلا اشتراط، وثالثة لا يعوّضه

لا بالشرط ولا بدونه، ويسمّى الأوّلان بالهبة المعوّضة، والأوّل منهما هو المراد هنا.

قوله: فقد تحقّق ممّا ذكرنا. ٧/٨٠

أقول: قد مرّ غير مرّة أنّ التمليك غير البيع، وإنّما هو لازم له في الغالب فجواز البيع به مبنيّ على كفاية الكناية، كما هو الحقّ.

قوله: كان بيعاً ولا يصحّ صلحاً ولا هبة معوّضة. ٨/٨٠

أقول: أمّا كونه بيعاً؛ فلقصد مضمون تلك الألفاظ، ومضمونها عنده ﷺ ليس إلّا البيع، فبواسطة قصد مضمونها قد قصد البيع، فلا مانع من وقوعه.

وأمّا عدم كونه صلحاً وهبة، أمّا مع عدم قصدهما فواضح، وأمّا مع قصدهما فلأنّ القصد إنّما يؤثّر في حصول المقصود إذا كان اللفظ الذي قصد به حصوله كاشفاً عنه وظاهراً فيه ولو بحسب الوضع الثانوي لا في ضدّه، والصيغة المفروضة بناء على مذهبه صريحة في البيع.

هذا فيما لو كان المراد الأصلي وقوع مضمون تلك الصيغة، وأمّا لو كان المراد منها الصلح أو الهبة بنحو الكناية أو التجوّز، توجّه وقوعهما بها بناء على عدم اعتبار الصراحة والحقيقة في الصيغة.

[● القـــــرض]

الإيراد الأخير وجوابه ٣: ١٥

قوله: بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة. ١٢/٨٠ ـ ١٣

أقول: الأولى أن يقول: على وجه ضمان نفس المال المقروض، بمعنى: كونه بنفسه على عهدة المقترض بردّه في وقت الردّ بردّ المثل أو القيمة، فخروجه عن التعريف إنّما هو بأخذ قيد العوض فيه؛ لأنّ الذي يأخذه المقرض من المقترض من المثل أو القيمة إنّما هو نفس ماله لا عوضه؛ لما سيأتي إن شاء الله: أنّ ردّ المثل في المثلي في حال تعذّر نفس العين ردّ لنفس المأخوذ حقيقة

ومن أفراده الحقيقيّة، غاية الأمر في طول ردّ نفس العين من حيث الفردية.

فباب القرض من التمليك والاسترداد حقيقة لا من التمليك وأخذ مال آخر بإزائه؛ ولذا يقال: أخذت ما أقرضته واسترد له، ولا يقال: أخذت عوضه، والأمر في البيع بالعكس، فافهم.

[● معانٍ أُخرى للبيع]

استعمال البيع في معانٍ أخر ٣: ١٦ـ١٧

١٤/٨٠ **قوله: ويظهر من بعض من قارب عصرنا.**

أقول: الظاهر أنّه صاحب المقابس رحمه الله، والغرض من ذلك دفع ما ينافي ما اختاره في معنى البيع.

قوله: مأخوذاً في تعريف البيع.

أقول: الظاهر زيادة كلمة «مأخوذاً» كما لا يخفىٰ.

١٨/٨٠ **قوله: حتّى الإجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد.**

أقول: عناوين المعاملات على ما يظهر من نكاح المقابس على ثلاثة أقسام:

منها: ما يكون اسماً لأحد طرفي العقد مثل: البيع والضمان والخلع وما أشبهها، فإنّها أسماء للإيجاب.

ومنها: ما هو اسم لكليهما مثل: الشركة، وكلّ ما كان عنوانه مصدراً بصيغة الفعال أو المفاعلة مثل: القراض والمزارعة والمساقاة والمكاتبة.

ومنها: ما ليس كذلك، بل هو اسم عين، وذلك مثل: الوديعة والعارية والصدقة؛ فإنّها لغة وعرفاً وشرعاً نفس المال، وقد تستعمل في معنى الإيداع والإعارة والتصدّق، ومثلها لفظ الإجارة؛ فإنّها في اللغة نفس الأُجرة.

ثمّ إنّ الوجه في الترقّي أنّ ما كان اسماً لأحد طرفي العقد في الأصل

كالبيع ونحوه يكون استعماله في العقد أقرب من استعمال ما لم يكن كذلك فيه، كالإجارة والوديعة ونحوهما؛ لوجود علاقة الكلّ والجزء في الأوّل دون الثاني.

المناقشة في هذه الاستعمالات ٣: ١٧ـ١٩

قوله: فالظاهر أنّه ليس مقابلاً للأوّل. ١٩/٨٠

أقول: يعني بالمعنى الأوّل إنشاء تمليك عين بمال. وغرضه أنّ البيع في قول المخبر: «بعت» قد استعمل في هذا المعنى الأوّل الجامع بين المتعقّب للقبول وغيره، ولكنّه أراد خصوص الأوّل فأفاد إنشاء التمليك بعوض بقوله: «بعت هذا بكذا». وقيّد تعقّبه للقبول بقرينة مقاميّة، أعني: كون الموجب في مقام الإخبار عن البيع المؤثّر، فيكون من باب تعدّد الدّال والمدلول، لا أنّه استعمل في المقيّد بتعقّب القبول حتّى يكون استعمالاً آخر مقابل المعنى الأوّل كي ينافي انحصار معناه فيه.

قوله: وكذلك لفظ النقل. ٢٠/٨٠

أقول: هذا في مقام الاستشهاد على مرامه، يعني: أنّ النقل والإبدال والتمليك وشبهها بحسب المعنى مثل البيع في المعنى، ومساوٍ ومرادف له كما مرّ، ولم يعتبر أحد تعقّب القبول في تحقّق مفاهيمها، فلابدّ ـ بمقتضى الترادف ـ أن يكون البيع أيضاً كذلك.

وفيه ـ مع إمكان القلب ـ: منع الترادف: أوّلاً؛ لما مرّ أنّه قد يتحقّق البيع وليس هناك من هذه المفاهيم أثر إلّا الإبدال، ومنع تحقّق مفاهيمها بدون تعقّب القبول ثانياً، وإطلاقها على الخالي عنه إنّما هو بنحو العناية.

قوله: إذ التأثير لا ينفكّ عن الأثر. ٢١/٨٠

أقول: هذا ـ كما في بعض الحواشي ـ تعليل للنفي في قوله: «لا في نظر الناقل»، يعني: أنّ تحقّق القبول ليس شرطاً للانتقال في نظر الناقل؛ لأنّه صدر منه النقل في نظره وهو تأثير، والانتقال في نظره أثر له، فلا ينفكّ عن التأثير؛ إذ

ليس معنى التأثير إلّا إحداث الأثر، فمع عدم حدوث الأثر لا يتحقّق تأثير، والمفروض تحقّقه، فلابدّ من تحقّق الأثر أيضاً.

هذا شرح العبارة، وستعرف الكلام في هذا التعليل، وأنّ تحقّق التأثير والنقل في نظر الناقل ممنوع.

٨٠/٢١ ـ ٢٢ **قوله ﴿ﷺ﴾: فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب.**

أقول: هذا ـ كما في بعض الحواشي أيضاً ـ تفريع على قوله: «نعم تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا في نظر الناقل»، يعني: أنّ البيع من جهة أنّ القبول شرط لتأثيره في الانتقال في نظر الشارع لا في نظر الناقل، يكون مثل الإيجاب والوجوب من الأُمور الاعتبارية ، فيختلف بحسب اختلاف الأنظار في اعتبار شيء في تأثير أمر خاصّ أثراً خاصّاً في نظر، وعدم اعتباره فيه في نظر آخر مثل الإيجاب، فإنّ تأثيره أثر الوجوب وحصوله به بحسب الواقع مشروط بكون الموجب عالياً بخلافه في نظر السائل الموجب، ففي صورة فقدان علوّ الموجب يحصل الوجوب بالإيجاب بحسب نظر الموجب، ولا يحصل بحسب نظر غيره، ولا يكون مثل الكسر والانكسار من الأُمور الواقعيّة الغير الاعتباريّة حتى لا يختلف باختلاف الأنظار كما تخيّله صاحب المقابس، قال ﴿ﷺ﴾ :

إنّ للبيع إطلاقات: أحدها: أنّه يستعمل مصدراً لـ«باع» بمعنى أوجد البيع، وهو بهذا المعنى عبارة عن الفعل الصادر عن أحد المتعاملين خاصّة مباشرة أو توليداً، ولمّا كان من الأضداد صحّ إطلاقه على كلّ من فعليهما وإن اشتهر في مالك المبيع بحيث لا يتبادر إلّا فعله.

ويشترط في كلا الإطلاقين انضمام الفعلين واجتماعهما في الوجود، فلا يقال لمن أوجب البيع بقوله: «بعت» : إنّه باع، إلّا بعد أن ينضمّ إليه قول الآخر وقبوله، ومثله الآخر، بل الحكم فيه أظهر ولا وجه لحصر هذا الإطلاق إلّا

اعتبار الضميمة في أصل الوضع كما هو الشأن فيما هو من مقولة الفعل والانفعال والتأثير والمطاوعة، وأنّه لا يطلق اللفظ الدال على أحدهما إلّا بعد حصول الآخر، كالكسر والانكسار ونحو ذلك.

وأمّا قولهم: «كسرته فلم ينكسر»، فمجاز، كما أنّ «فانكسر» في قولهم: «كسرته فانكسر» إنّما هو دفعاً للتجوّز؛ ولذلك يقتصر كثيراً على الأوّل ولا يختلّ المعنى أصلاً، وكذلك فيما نحن فيه وإن افترق عمّا ذكرنا في أنّ الصادر من كلّ من المتعاملين لفظ دالّ على الرضا كالآخر ومن مجموعهما قد وجد الأثر. انتهى موضع الحاجة من كلامه ﭚ .

أقول: هذا هو الحقّ، وإنّ حال البيع في توقّف تحقّق مفهومه اللغوي على الشراء كحال توقّف تحقّق مفهوم الإعطاء على الأخذ، والشراء على البيع، والإيقاظ على اليقظة، والإنامة على النوم، وهكذا. فإطلاق البيع على مجرّد الإيجاب مجاز كما مرّ في كلامه ﭚ.

وقد ذكر السيّد العلّامة الأُستاذ في تشييد ذلك ما ينبغي له، إلّا أنّه قال باعتبار القبول لفعل البائع في المعنى الاصطلاحي للبيع، ولكنّه أخطأ فيه، وإنّما هو معتبر في معناه اللغوي أيضاً؛ إذ ينبغي الجزم بعد الوضع الجديد ولو التعيّني، فالبيع مثل الكسر لا يختلف من حيث الوجود والعدم باختلاف الأنظار، فتعقّب القبول معتبر فيه في جميع الأنظار حتى نظر الناقل.

وأمّا ما علّل به المصنّف ﭚ عدم اعتباره فيه في نظره: من أنّ التأثير لا ينفكّ عن الأثر، ففيه: أنّه نعم، ولكن نمنع تحقّق التأثير من الموجب ولو في نظره، وإنّما المتحقّق في نظره جزء المؤثّر وما هو راجع إليه، وإن شئت فقل: إنّ المتحقّق في نظره بقوله: «بعت» هو التأثير المعلّق على مجيء القبول.

فإن قلت: بناء على ما ذكرت فما المستعمل فيه لفظ: «بعت» في

مقام الإنشاء؟

قلت: المستعمل فيه هو معناه اللغوي الذي قلنا بأنّه أُخذ في مفهومه تعقّب القبول.

ولعلّك تقول: إنّ هذا القيد ليس في اختيار الموجب، فكيف يوجِدُ المقيّد به؛ إذ إيجاده لا يكون إلّا بإيجاد قيده، هذا مع أنّ البيع حينئذٍ يكون من الإيقاع؟

ولكنّك غفلت عن أنّ الذي لا يمكن إيجاده من جهة خروج قيده عن تحت اختياره إنّما هو الإيجاد الحقيقي دون الإنشائي الذي حقيقته استعمال اللفظ في مفهومه بقصد حصوله، وبداعي أن يكون علّة لوجوده، ومن المعلوم أنّه لا مانع من استعمال «بعت» في المعنى المذكور الذي ادّعيناه بقصد أن يتحقّق به، فكأنّ الموجب في قوله: «بعت» يقول: بنيت على كون مالي مال المشتري وماله مالي وقصدته، فإن تعقّبه القبول وإظهار الرّضا به من المشتري حصل المقصود، وإلّا تخلّف العقد عن القصد. وهذا لا يضرّ بالقصد المذكور، وهذا نظير ما إذا قصدت من فعل خاصّ، كرمي الحجارة كسر الكوز، وأوجدت هذا الفعل ولم ينكسر به، فإنّ تخلّف القصد عن ذاك الفعل لا يضرّ بأصل القصد، وإنّما يضرّ بتحقّق المقصود، ومن هنا ظهر الجواب عن توهّم كونه إيقاعاً لا عقداً، وهو واضح جدّاً.

٨٠/٢٢ـ٢٣ **قوله: ومنه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلاً عن أن يجعل أحد معانيها.**

أقول: ينبغي أن يقول: أحد معانيه، بتذكير الضمير ؛ لأنّه راجع إلى البيع، يعني: ومن عدم شرطيّة القبول للنقل والانتقال في نظر الناقل الملازم لاستعماله لفظ «البيع» في مجرّد النقل واستفادة قيد التعقّب للقبول من الخارج، **يظهر** ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح عند العرف كما مرّ نقله عن بعض مشايخه، فضلاً عن أخذه في معناه اللغوي، كما ذهب إليه صاحب

المقابس قدس سره. [و] وجه الظهور واضح.

قوله: وقد يوجّه. ٢٣/٨٠

أقول: الموجّه صاحب المقابس رحمه الله، ويمكن أن يوجّه بأنّ إطلاق البيع عليه مجاز بعلاقة السّببيّة، وهذا أحسن من ذاك.

قوله: والظاهر أنّ المسبّب. ٢٤/٨٠

أقول: لما كان يمكن الخدشة في ظاهر كلام الشهيد قدس سره بأنّ التجوّز بعلاقة السّببيّة إنّما هو باستعمال اللفظ الموضوع للمسبّب في السبب، والبيع ليس كذلك؛ لأنّ معناه الحقيقي هو النقل الحاصل من فعل الموجب فقط بلا دخل للقبول في معناه على ما اختاره المصنّف قدس سره ، فهو مسبّب عن جزء العقد وهو الإيجاب لا عن كلّه؛ لعدم اعتبار القبول في مفهومه في نظر الموجب من حيث النقل والانتقال، فأراد توجيهه بقوله: «والظاهر».

وحاصله: أنّ الخدشة المذكورة إنّما تتوجّه فيما لو أراد الشهيد رحمه الله من المسبّب الأثر الحاصل في نظر الموجب، وليس كذلك، بل الظاهر أنّه أراد منه الأثر الحاصل في نظر الشارع، ومن المعلوم أنّ السبب فيه تمام العقد المركّب من الإيجاب والقبول، فيصحّ استعماله فيه بعلاقة السببيّة.

وإلى إرادة هذا المعنى الأثر الحاصل في نظر الشارع نظر جميع ما وردَ في النصوص والفتاوى، يعني: أنّ هذا المعنى المذكور هو المراد من لفظ «البيع» الموجود فيهما، وعلى هذا التوجيه المذكور لكلام الشهيد يكون هذا المعنى للبيع راجعاً في الحقيقة إلى المعنى السابق؛ إذ معناه أنّ البيع موضوع لغةً وعرفاً للأثر الحاصل من العقد، وقد مرّ من المصنّف رحمه الله أنّه لم يوجد في اللغة ولا في العرف، فهذا التوجيه في الحقيقة تمهيد للإيراد على ما ذكره الشهيد قدس سره، وإبطال لكون البيع بمعنى العقد.

فكأنّه قال: أمّا البيع بمعنى العقد، ففيه: أنّ البيع على ما مرّ من أنّه من

قبيل المعاني لا الألفاظ، لا يصحّ كونه بمعنى العقد إلّا بما صرّح به الشهيد الثاني من كونه مجازاً بعلاقة السببيّة، ومن قبيل استعمال اللفظ الموضوع للمسبّب وهو البيع في المقام في السبب وهو العقد، ولا يصحّ كونه مجازاً بالعلاقة المذكورة إلّا بأن يكون المراد من المسبّب الذي استعمل لفظه الموضوع له في سببه، أعني العقد هو الأثر الحاصل من العقد في نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب من العقد وكان العقد بكلا جزئيه دخيلاً فيه، ولا يكفي فيه الإيجاب وحده، وقد مرّ أنّ الأثر الحاصل من تمام العقد، أي: الانتقال الخارجي المترتّب على العقد، لم يوجد وضع لفظ «البيع» له في اللغة ولا في العرف حتّى يكون مسبّباً عن العقد ويصحّ استعمال لفظ «البيع» في العقد مجازاً بعلاقة السببيّة.

ثمّ إنّ الاحتياج إلى التوجيه المتفرّع عليه الإيراد بما ذكره من التقريب مبنيّ على مذاق المصنّف من عدم اعتبار القبول في مفهوم البيع، وأمّا بناء على اعتباره فيه مطلقاً كما اخترناه فلا حاجة إليه في تصحيح كلامه، ولعلّه لذا لم يتعرّض لبيان المسبّب، فافهم.

٢٧/٨٠ قوله: والحاصل.

أقول: يعني أنّ حاصل كلام الشهيد ـ بملاحظة التوجيه المذكور ـ: أنّ البيع الذي يجعلونه من العقود، ويستعملونه في العقد بعلاقة السببيّة، ويقولون: البيع عقد مركّب من إيجاب وقبول، إنّما يراد به بحسب الحقيقة النقل في نظر الشارع المسبّب عن العقد، ويطلق على العقد بعلاقة السببيّة لا النقل في نظر الموجب، فإنّه مسبّب عن الإيجاب خاصّة، فعلى هذا يكون إضافة «العقد» إلى «البيع» في قولهم: عقد البيع لاميّة من قبيل إضافة السبب إلى المسبّب، لا بيانيّة بأن يكون البيع بمعنى العقد، وإلّا لم يصحّ أن يقال: انعقد البيع أو لم ينعقد البيع؛ لرجوعه إلى قوله: انعقد العقد ولم ينعقد العقد، وهو ممّا لا معنى له، فتأمّل.

[● البيع اسم للصحيح أو للأعمّ؟]

البيع ونحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم؟ ٣: ١٩

قوله: ثمّ إنّ الشهيد الثاني نصّ في كتاب اليمين من المسالك على أنّ عقد البيع. ٢٨/٨٠

أقول: لعلّ وجه ربطه بالمقام دلالته على اعتبار القبول في معنى البيع فتأمّل.

وكيف كان، ثمّ غرضه‌ بيان مدلول المركّب الإضافي أي مدلول إضافة العقد إلى البيع؛ إذ ليس للإضافة صحيح وفاسد حتّى يقال: إنّها حقيقة في الأوّل، فلابدّ إمّا أن يكون المراد بيان مدلول المضاف بمعناه الاصطلاحي، أعني: الإيجاب والقبول، فيكون الإضافة لاميّة، أو بمعناه اللغوي المعبّر عنه بالفارسيّة بـ«گرِه» فيكون الإضافة بيانيّة من قبيل إضافة الكلّي إلى الفرد، وإمّا أن يكون المراد بيان مدلول المضاف إليه، بمعنى الأثر الحاصل أعني الانتقال.

ولا سبيل إلى أحد الأخيرين؛ إذ لابدّ في تحقّق الصحّة والفساد من وجود الموضوع المتّصف بأحدهما، ومعلوم أنّ الوصفين المتبادلين بناء عليهما إنّما هما الوجود والعدم، لا الصحّة والفساد بعد الفراغ عن أصل الوجود؛ ضرورة انتفاء الانتقال والعقد بالمعنى اللغوي على تقدير الفساد، لا أنّهما يوجدان ولكن مع الفساد، فتعيّن إرادة الأوّل.

وحينئذ يكون قوله: «إنّ البيع حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد» منافياً لما تقدّم نقله عنه من أنّه مجاز في العقد بعلاقة السببيّة؛ إذ قضيّة هذا أنّه موضوع للعقد؛ لأنّه القابل للاتّصاف بالصحّة والفساد، وقضيّة ما نقل عنه في السابق أنّه موضوع للمسبّب عن العقد، وهذا تناقض صرف، إلّا أن يقال: إنّ مراده‌ هنا بيان مدلول المضاف إليه، بمعنى الأثر الحاصل من إنشاء التمليك وهو التمليك، لا بمعنى الأثر الحاصل من نفس التمليك، أعني: التملّك والانتقال، والذي لا يقبل الاتصاف بالصحّة هو الثاني دون الأوّل؛ فإنّه قابل

للتأثير وعدمه، وحينئذٍ لا تناقض بين الكلامين، كما لا يخفىٰ.

٢٩/٨٠ **قوله: كالتبادر.**

أقول: فيه نظر؛ إذ يمكن أن يكون التبادر مستفاداً من القرائن الحالية والمقاميّة.

قوله: وصحّة السلب.

أقول: هي مسلّمة فيما إذا كان الفساد من جهة عدم انضمام القبول، وأمّا إذا كان من جهة اختلال الشرط فلا.

قوله: ومن ثمّ حمل الإقرار به.

أقول: لا شهادة في ذلك؛ إذ المدار في نفوذ الإقرار على الظهور في إرادة الصحيح مطلقاً، ولو الثانوي المستند إلى القرائن النوعية لا خصوص الأوّلي المستند إلى الوضع، وكذلك في سائر الألفاظ المشتركة.

اختيار الشهيدين كونه للصحيح ٣: ١٩

٣٠/٨٠ **قوله: وانقسامه إلى الصحيح والفاسد أعمّ من الحقيقة.**

أقول: نعم، لو لم يكن هناك ما يقتضي إرادة انقسام المعنى الحقيقي، وإلّا فليس بأعمّ، بل علامة الاشتراك المعنوي والمقام من الثاني؛ إذ الأصل أي الظاهر في تقسيم الشيء إرادة تقسيمه بمعناه الحقيقي.

٣١/٨٠ **قوله: وقال الشهيد رحمه الله في قواعده: إنّ الماهيّات الجعليّة.**

أقول: دلالة هذا الكلام على قول الشهيد رحمه الله بوضع ألفاظ العبادات والمعاملات للصحيح وعدمها مبنيّة على أن يكون المراد من الإطلاق في قوله: «لا تطلق على الفاسد» هو الاستعمال مع كون المراد منه الحقيقي ضرورة صحّة الاستعمال المجازي في الفاسد في غير الحجّ أيضاً، فيدلّ عليه، أو يكون المراد منه الطلب، والتعبير بالإطلاق تسامح كما استفاده المحقّق القمّي قدس سره حيث قال ما حاصله: إنّ في قوله: «لا يطلق على الفاسد» مسامحة، ومراده لا يطلب الفاسد إلّا الحجّ ـ انتهى ـ فلا يدلّ عليه، وظاهر اللفظ وإن كان هو الأوّل إلّا أنّ

تعليل استثناء الحجّ الفاسد بوجوب المضيّ فيه يأبى عن إرادة ذاك الظهور، ويصلح قرينة على إرادة الطلب منه كما ذكره القمّي، ولعلّ نظره إلى هذا فيما استفاده قدّس سرّه .

توجيه ما أفاده الشهيدان ٣: ٢٠

قوله قدّس سرّه: نعم يمكن أن يقال: إنّ البيع وشبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء لا يستعمل حقيقة. ٨٠/٣٣ ـ ٣٤

أقول: غاية ما عندي في شرح هذه العبارة من البداية إلى النهاية على نحو يلتئم أطراف الكلام أن يقال: إنّ قوله «الذي يراد من بعت عند الإنشاء» صفة للمصدر لا للحاصل؛ وذلك بقرينة قوله في ذيل العبارة: «أو على المصدر الذي يراد من لفظ بعت».

والمراد من المصدر: هو إنشاء التمليك.

والمراد من الحاصل من المصدر: هو التمليك لا التملّك؛ وذلك بقرينة قوله: «إلّا فيما كان صحيحاً مؤثّراً»؛ لأنّ الذي يمكن اتّصافه بالصحّة والتأثير المتوقّف على أصل وجوده إنّما هو التمليك لا التملّك؛ لأنّه نفس الأثر فلا يقبل الاتّصاف إلّا بالوجود والعدم، يعني: انّ البيع في العرف إذا استعمل في التمليك الذي يحصل من إنشاء التمليك الذي يراد من «بعت» عند الإنشاء لا يستعمل حقيقة إلّا في التمليك الذي كان صحيحاً ومؤثّراً في التملّك ولو في نظرهم، أي العرف.

ثمّ إذا كان هذا التمليك مؤثّراً في التملّك في نظر الشارع بواسطة إطلاق الحكم بحلّ البيع ووجوب الوفاء بالعقد، كان بيعاً حقيقيّاً عنده أيضاً، وإلّا كما في موارد قيام دليل على خلاف الإطلاق المذكور دلّ على اعتبار شيء مفقود فيما هو بيع عند العرف، كان بيعاً صوريّاً عند الشارع، نظير كون بيع الهازل بيعاً صوريّاً عند العرف.

فالبيع الذي يراد منه ما حصل... إلى آخره أي البيع الذي يستعمل في التمليك، الذي حصل عقيب إنشاء التمليك، الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند العرف؛ وكذا عند الشرع حقيقة في التمليك الصحيح المفيد للأثر وهو التمليك مجاز في غيره، إلّا أنّ إفادة التمليك الحاصل بالإنشاء لأثر التملّك وثبوت الفائدة، والأثر المذكور مختلف في نظر العرف والشرع؛ إذ قد يعتبر في إفادته لتلك الفائدة في نظر الشرع ما لا يعتبر فيها في نظر العرف.

وممّا ذكرنا في شرح العبارة إلى هنا يعلم: أنّ المراد من الموصول في قوله: «على ما هو الصحيح المؤثّر عند العرف» هو التمليك المعبّر عنه في السابق بـ«الحاصل من المصدر». والمراد من المصدر المعطوف عليه في قوله: «أو على المصدر» هو إنشاء التمليك، فتأمّل وافهم جيّداً.

المعاطاة

- القول في المعاطاة
- حكم المعاطاة ومناقشته
- آراء بعض العلماء في المعاطاة
- أدلّة المعاطاة ومناقشتها
- القول بالإباحة واستلزامه قواعد جديدة ومناقشته
- القواعد واقتضاء اللزوم
- أدلّة اللزوم
- الإجماع وعدم لزوم المعاطاة ومناقشته
- الملك اللازم
- أدلّة عدم لزوم المعاطاة ومناقشتها
- ما يستشعر منه اعتبار اللفظ في البيع
- تنبيهات المعاطاة

[المعاطاة]

[● القول في المعاطاة]

٤/٨١ **قوله: وهو يتصوّر على وجهين.** حقيقة المعاطاة ٣: ٢٣

أقول: يعني بذلك تصوير خصوص المعاطاة المذكورة في باب البيع التي حكي عن بعض العامّة والخاصّة كونها بيعاً مفيداً للملك مثل: البيع بالصيغة القوليّة لا مطلق المعاطاة، وإلّا فلا إشكال في تصويرها على نحوٍ ليس فيه قصد الإباحة والتمليك، كما في باب الوديعة.

٥/٨١ **قوله: وربّما يذكر وجهان آخران.** صور المعاطاة ٣: ٢٣

أقول: لعلّه كاشف الغطاء؛ حيث إنّه ﷺ جعلها معاملة مستقلّة مفيدة للملك، ولا يكون الأمر كذلك إلّا على أحد هذين الوجهين؛ إذ على الأوّل إباحة محضة لا تفيد الملك، وعلى الثاني معاملة بيعيّة.

[● حكم المعاطاة ومناقشته]

٩/٨١ **قوله: ويحصل الملك بتلف إحدى العينين.** حكم المعاطاة ٣: ٢٤

أقول: عبارات الأصحاب خالية عن الحكم بحصول الملك بالتلف، وإنّما حكموا باللزوم به حيث إنّ عبارة جمع من متأخّري الأصحاب ـ كما يأتي التصريح به من جامع المقاصد ـ أنّها تفيد الإباحة، وإنّما تلزم بتلف إحدى العينين، والظاهر من هذه العبارة لزوم الإباحة الحاصلة قبل التلف لا حصول

الملك، نعم عبارة التنقيح صريحة في حصول الملك، ولكن يمكن أن يراد به الإباحة اللازمة، عكس ما صنعه الكركي رحمه الله من تأويل الإباحة إلى الملك.

توجيه صاحب الجواهر بأنّ محلّ النزاع هي المعاطاة بقصد الإباحة ٣: ٢٥

قوله قدس سره: لمّا استبعد هذا الوجه. ١٣/٨١

أقول: وجه استبعاده ذلك أنّ إرادة الملك من الإباحة بعد نفي حصول الملك في غاية البعد، كما يأتي بيانه في المتن.

قوله: التجأ إلى جعل النزاع.

أقول: الظاهر أنّ نسبة ذلك إلى صاحب الجواهر قدس سره اشتباه منه قدس سره؛ لأنّ معنى كون ذلك محلّ النزاع توارد الأقوال عليه، ولا مجال له؛ إذ من جملة الأقوال: القول بكونها بيعاً مفيداً للملك اللازم كما عن بعض العامّة والمفيد قدس سره من الخاصّة، ولا سبيل إلى ذلك بناء على كون النزاع في المقصود به الإباحة؛ لأنّ مفاده أنّ التعاطي المقصود به الإباحة يفيد الملك اللازم، وهو لا يصدر من الصّبيّ فضلاً عن غيره، فكيف بالعلماء؟

وإنّما همّ صاحب الجواهر رحمه الله بيان خصوص أنّ مورد حكمهم بإفادة المعاطاة الإباحة: ليس عين مورد حكمهم بعدم إفادة الملك قبال القول بإفادتها له، فحاصل مرامه قدس سره: أنّ جملة: «وإنّما يفيد الإباحة» ـ مثلاً الواقعة في عبائرهم بمنزلة الاستثناء المنقطع عن الجملة السابقة عليها واستدراك عنها ـ لإفادة مطلب آخر مشترك مع ما أفادته الجملة السابقة فيما به القصد وهو المعاطاة، ومغاير له فيما إليه القصد وهو الإباحة هنا والتمليك في السابق، فيكون محصّل توجيهه قدس سره لتلك العبارات المشتملة على نفي البيعيّة، وإفادة الملك عن المعاطاة، وإثبات إفادة الإباحة عليها، أنّ مورد الأوّل هو المعاطاة المقصود بها الملك، ومورد الثاني هو المقصود بها الإباحة، فمعنى العبارات على هذا التوجيه: أنّ العبادات المقصود بها الملك لا تفيد الملك.

نعم المعاطاة تفيد الإباحة لو قصدت به الإباحة، ونقل القول بالبيعة عن

بعض العامّة في بعض العبائر راجع إلى الجملة السابقة[١].

وبالجملة: ليس مقصوده بيان محلّ النزاع في المسألة المتوارد عليه الأقوال التي منها القول بكونها بيعاً لازماً، وإنّما تمام مقصوده توجيه العبائر المتضمّنة للحكم بعدم إفادة المعاطاة للملك والحكم بإفادتها للإباحة: بأنّ مورد الحكم الأوّل ما قصد به الملك، ومورد الحكم الثاني ما قصد به الإباحة.

ولو راجعت إلى الجواهر ولاحظت عبارته حقّ الملاحظة لرأيتها غير آبية عمّا ذكرنا، بل رأيتها منطبقة عليه تمام الانطباق.

المناقشة في توجيه صاحب الجواهر ٣: ٢٦

١٧/٨١ **قوله** رحمه الله**: وأبعد منه.**

أقول: الذي يبعّده أُمور ثلاثة:

الأوّل: ظهور كلمات العامّة والخاصّة في تفريع المعاطاة على اشتراط الصيغة في البيع وعدمه، فمن اشترطها فرّع عليه عدم كفايتها، فلو كان مورد النزاع ما قصد به الإباحة لما صحّ التفريع من الجانبين.

الثاني: أنّ مورد نفي الخاصّة إفادتها للملك عين مورد إثبات العامّة فيه إفادتها الملك اللازم، ومن المعلوم أنّ مورد إثباتهم ذلك ما قصد به التمليك؛ إذ القول بالملك اللازم مع قصد الإباحة لا يصدر من الصّبيّ.

الثالث: أنّ الشائع بين الناس ما قصد به الملك، وأمّا ما قصد به الإباحة فهو نادر جدّاً، فلو كان محلّ النزاع بينهم هو الثاني لزم التعرّض لبيان حكم النادر، وهو بعيد عن وظيفتهم إلى الغاية.

هذا، ولا يخفى أنّ هذه الأُمور إنّما يتوجّه على صاحب الجواهر لو كان مراده بيان أنّ محلّ النزاع بين العلماء من الخاصّة والعامّة ـ المتوارد عليه الأقوال ـ إنّما هو المعاطاة المقصود بها الإباحة، وأمّا بناء على ما ذكرناه في بيان مرامه فلا يتوجّه عليه شيء منها، كما لا يخفى.

---

(١) في الأصل: السابعة.

كلام الشيخ ٣: ٢٦ **قوله: قال في الخلاف.** ١٩/٨١

أقول: الظاهر أنّ ضمير «فإنّه» راجع إلى الدفع المستفاد من «دفَعَ» و«البيع» عند الشيخ ﷺ بقرينة تعريفه في المبسوط بالأثر الحاصل من العقد على ما مرّ نقله عنه في السابق هو الملك، وهو بظاهره غير صحيح، فمراده منه سبب البيع، وبقرينة المقابلة يعلم أنّ مراده من الإباحة سببها، فيكون المعنى: أنّ دفع المال بالنحو المزبور لا يكون سبباً للإباحة، فيترتّب عليه جواز التصرّف بعنوان المباحيّة من دون المأخوذ بواسطة التصرّف فيه ملكاً له.

ومرجعه إلى أنّ التعاطي لا يؤثّر في الملكيّة وإن كان جامعاً لجميع الشرائط التي منها قصد التمليك، والتملّك منها، وإنّما يؤثّر الإباحة لو اقترن بالشرائط المعتبرة فيه، ومنها: قصد الإباحة منها.

وبالجملة: أنّ التمليك والتملّك بعوض من الأُمور التي يتوقّف حصولها على اللفظ ولا يحصل بالتعاطي، بخلاف الإباحة فإنّها من الأُمور التي تحصل بالتعاطي ولا يتوقّف على اللفظ.

وبهذا الذي ادّعيناه من الحكمين قال الشافعي، وأمّا أبو حنيفة فقد خالفنا في الحكم الأوّل، وقال بأنّه سبب للبيع أيضاً ـ أي الملك ـ وإن لم يحصل الصيغة.

ودليلنا: أمّا على الجزء الأوّل من المدّعى ـ وهو عدم كفاية التعاطي في تحقّق البيع ـ فهو أنّ العقد باعتبار سببيّته للملكيّة حكم شرعيّ وضعيّ كسائر الأحكام الشرعيّة الوضعيّة، لابدّ من أن يؤخذ من الشارع، ولا دليل شرعاً على وجوده بما هو سبب ومؤثّر، أي على وجود السببيّة في التعاطي، فيرجع إلى أصالة العدم؛ وأمّا على الجزء الثاني وهو حصول الإباحة بمجرّد التعاطي الخارجي بقصد الإباحة، فهو الإجماع.

وبعد ملاحظة شرح العبارة بما مرّ ترى أنّه ليس فيها ما يدلّ على ما رامه

المصنّف﴿رحمه الله﴾ من إثبات الإباحة في مورد حكم فيه أبو حنيفة بالملكيّة والبيعيّة، وأنّه منطبق على توجيه الجواهر غاية الانطباق.

رأي أبي حنيفة في المعاطاة ٣: ٢٧

٢٢/٨١ **قوله: قال ذلك في المحقّرات.**

أقول: قال في جامع المقاصد: اختلفوا في المحقرات فقال قوم: ما لم يبلغ نصاب السرقة، وأحاله آخرون على العرف. انتهىٰ.

٢٣/٨١ ـ ٢٤ **قوله: وفي أنّ محلّ الخلاف بينه وبين أبي حنيفة.**

أقول: نعم ولكن لا يكون ردّاً على صاحب الجواهر؛ لأنّه لم يجعله مورد حكمه بالإباحة، بل قال: إنّ مورده غير مورد الخلاف بينهما؛ لأنّ مورده صورة قصد الإباحة ومورد الخلاف بينهما صورة قصد التمليك.

٢٥/٨١ **قوله: وأيضاً فتمسّكه بأنّ العقد.**

أقول: نعم تمسّكه به يدلّ على ما ذكر، ولكن في الأوّل من جزئي مدّعاه المخالف له فيه لا في الثاني منهما، أعني كفاية التعاطي في حصول الإباحة.

وممّا قدّمناه في شرح عبارة الخلاف يظهر الحال في عبارة السرائر والغنية، وأنّهما غير آبيتين[1] عمّا ذكره صاحب الجواهر في توجيه الكلمات والجمع بين نفي إفادة المعاطاة للملك وبين إثبات إفاداتها للإباحة، بل عبارة السرائر ـ بناء على كون ملّكه في قوله: «من غير أن يكون ملّكه» بصيغة الماضي بالتشديد من باب التفعيل كما في بعض النسخ المصحّحة ـ واضحة الدلالة على أنّ مورد حكمه بالإباحة صورة عدم قصد التمليك من التعاطي.

كلام ابن إدريس ٣: ٢٨

٢٧/٨١ **قوله﴿قدس سره﴾ في حكاية عبارة السرائر: «فإنّه لا يكون بيعاً ولا عقداً».**

أقول: لعلّ مراده من نفي العقد نفي اللزوم فافهم.

ولعلّ نظره في وجه الترديد في قوله: «من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه» إلى ما ذكره بعض الأساطين في عداد القواعد الجديدة التي

---

(١) في الأصل: آبيتان.

يستلزمها القول بالإباحة بقوله: «ومنها أن يكون إرادة التصرّف من المملّكات، فيملك العين أو المنفعة بإرادة التصرّف بهما أو معه دفعة» ـ انتهى ـ يعني: من غير أن يكون ملكه قبل التصرّف بإرادة التصرّف أو دخل في ملكه بها مع التصرّف لا بها وحدها.

هذا بناء على كون «ملكه» الأوّل بالتخفيف مثل الثاني، وأمّا بناء على كونه بالتشديد فعلاً ماضياً من باب التفعيل كما في بعض النسخ المصحّحة على ما عرفت، فالفرق بينهما بكون الملك في الأوّل بالاختيار وفي الثاني بالقهر.

قوله في عبارته أيضاً: وذلك ليس من العقود الفاسدة. ٢٩/٨١

أقول: الظاهر أنّها دفع وهم.

أمّا الوهم، فهو أنّه لا فرق بين المقامين، فكما أنّ التعاطي لا يحصل به البيع والملك مع قصد ذلك منه، كذلك لا يحصل به الإباحة أيضاً فيما إذا قصد به الإباحة.

وأمّا الدّفع، فهو أنّ الصحّة والفساد في التعاطي ـ بالقياس إلى الأثر المقصود منه مثل الملكيّة والإباحة، كما في غير التعاطي ـ إنّما يعلم تحقّق كلّ منهما من ترتّب آثار ما قصد من التعاطي أو غيره بعد إيجاده للوصلة إلى ذاك المقصود وعدم ترتّبها، ونحن نرى صحّة التصرّف فيما صار إلى كلّ من المتعاطيين وجوازه إجماعاً، فيستكشف من ذلك بنحو «الإن» حصول الإباحة بالتعاطي في مقام الإباحة، وأنّه ليس كالتعاطي في مقام البيع في عدم حصول الأثر المقصود منه.

قوله: في حكاية كلامه أيضاً: وإنّما ذلك على جهة الإباحة. ٣٠/٨١

أقول: لمّا كان قد يتوهّم أنّ صحّة التصرّف إنّما تكشف عن صحّة العقد، لو كان التصرّف مستنداً إلى الإباحة، وهو غير معلوم لإمكان استناده إلى أمر آخر، دفعه بهذه الجملة.

وحاصله: حصر مستند التصرّف في الإباحة.

٣١/٨١ **قوله: يدلّ على ما ذكرنا.**

أقول: يعني بالموصول قصد التمليك.

قوله: ولا ينافي ذلك قوله: «وليس من العقود الفاسدة» كما لا يخفىٰ.

أقول: يعني بالمشار إليه كون مورد نفيه حصول الملك بالتعاطي، وإثبات حصول الإباحة به صورة قصد التمليك منه.

ووجه توهّم المنافاة واضح؛ إذ لا نعني من فساد العقد إلّا عدم ترتّب الأثر المقصود منه عليه، والفرض أنّه لم يترتّب عليه التمليك المقصود.

وأمّا وجه عدم المنافاة: فغاية ما يمكن أن يقال فيه: إنّ المراد من الفساد في هذه الجملة هو عدم ترتّب الأثر عليه أصلاً حتّى الأثر الغير المقصود منه، فنفي فساد التعاطي بهذا المعنى لا ينافي فساده بمعنى عدم ترتّب خصوص الأثر المقصود منه.

هذا ولكنّه كما ترى تأويل بعيد غايته، والحقّ في بيان المراد منه هو ما ذكرناه سابقاً.

١/٨٢ **قوله في حكاية عبارة الغنية: ولما ذكرنا نهى ﷺ عن بيع المنابذة... إلى قوله: على التأويل الآخر.** (كلام ابن زهرة ٣: ٢٩ ـ ٣٠)

أقول: في الدّعائم بعد قوله: «وعن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنابذة وطرح الحصى» ما هذا لفظه:

فأمّا الملامسة، فقد اختلف في معناها: فقال قوم: هو بيع الثوب مدروجاً يلمس باليد ولا ينشر ولا يرى داخله. وقال آخرون: هو الثوب يقول البائع: أبيعك هذا الثوب على أنّ نظرك إليه اللمس بيدك، ولا خيار لك إذا نظرت إليه. وقال آخرون: هو أن يقول: إذا لمست ثوبي فقد وجب البيع بيني وبينك. وقال آخرون: هو أن يلمس الثوب من وراء الستر. وكلّ هذه المعاني قريب بعضها

من بعض، وكلّها فاسد.

واختلفوا أيضاً في المنابذة، فقال قوم: هي أن ينبذ الرجل الثوب إلى الرجل وينبذ إليه الآخر ثوباً، يقول: هذا بهذا من غير تقليب ولا نظر. وقال آخرون: هو أن ينظر الرّجل إلى الثوب في يد الرّجل منطوياً فيقول: أشتري منك هذا، فإذا نبذته فقد تمّ البيع ولا خيار للواحد منّا. وقال قوم: المنابذة وطرح الحَصى بمعنى واحد، وهو بيع كانوا يتبايعونه في الجاهليّة، يجعلون عقد البيع بينهم طرح الحصاة يرمون بها من غير لفظ من بائع ولا مشترٍ ينعقد به البيع عندهم. وكلّ هذه الوجوه فاسدة. انتهى كلامه.

وكيف كان، مرادهﷺ من التأويل الأوّل مقابل هذا التأويل الآخر: ما يكون تعيين المبيع باللمس أو النّبذ أو إلقاء الحصاة وإن كان الإيجاب باللفظ مثل أن يقول: بعتك الثوب الذي ألمسه أو أنبذه إليك أو أُلقي الحصاة إليه، ولمّا احترز عن ذلك في سابق كلامه باشتراط معلوميّة العوضين، قال هنا: «على التأويل الآخر» في مقام الاحتراز عنه باشتراط الإيجاب والقبول.

قوله: منها ظهور أدلّته الثلاثة. ٢/٨٢

أقول: يعني بالأوّل الإجماع، وبالثاني الأصل الذي أشار إليه بقوله: «وليس على صحّته بما عداه دليل» حيث إنّ المعاطاة من أفراد ما عداه؛ وبالثالث ما أفاده بقوله: «ولما ذكرنا نهى ﷺ عن بيع المنابذة» من البرهان على اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيّين في البيع بطور «الإن»، واستكشاف العلّة من المعلول بتقريب: أنّ النبيّ ﷺ نهى عن بيع المنابذة والملامسة وإلقاء الحصاة على التأويل الآخر على أن يكون إيجاب البيع وإنشاؤه بأحد هذه الأفعال، ولا وجه له إلّا فقد اللفظ، ولا لفظ في المعاطاة أيضاً.

كلام المحقّق ٣: ٣٠ — قوله: بل للتنبيه على أنّه لا عبرة. ٦/٨٢

أقول: يعني بل لتعميم عدم كفاية التعاطي المقصود به البيع لصورة وجود

القرينة الدالّة على إرادة البيع، وأنّه مع تلك القرينة لا يكفي في تحقّق البيع، فضلاً عمّا إذا كان خالياً عنها.

٨/٨٢ـ٩ **قوله: ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه.** كلام العلّامة ٣: ٣٠ـ٣١

أقول: نعم، ولكن ليس له مساس بمرام صاحب الجواهر ﷺ؛ فإنّ غرضه توجيه العبارات المشتملة على إثبات إفادة المعاطاة بعد نفي إفادتها للملك، وليس في عبارة التذكرة من إفادتها للإباحة أثر.

٩/٨٢ **قوله: قال الشهيد في قواعده.** كلام الشهيد ٣: ٣١

أقول: ذكره في القاعدة التاسعة والأربعين، وذكر لذلك أمثلة:

منها: تقديم الطعام إلى الضيف؛ فإنّه مغنٍ عن الإذن القوليّ في الأصحّ، وتسليم الهديّة إلى المهدىٰ إليه وإن لم يحصل القبول القولي في الظاهر، واستند في ذلك إلى فعل السلف.

ومنها: التصرّف من ذي الخيار في مدّة الخيار، والوطي في العدّة الرجعيّة.

ثمّ إنّ محلّ الاستفادة قوله: «في المبايعات»، وقوله: «عندنا» فإنّه يفيد أنّه عند غيرنا يفيد الملك، ومن البديهي أنّ الغير لا يمكن له أن يقول بالملك في التعاطي المقصود به الإباحة.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنّ كون مراده من المبايعات خصوص البيع، والتعبير بصيغة الجمع باعتبار أصنافه بعيد جدّاً، بل مراده منها المعاملات المعاوضيّة أعمّ من أن تكون تمليكيّة، كالبيع والصلح والإجارة والهبة ونحوها، أو إباحيّة كما في الإباحة المعوّضة.

وهذه العبارة منه ﷺ بمنزلة الاستثناء عمّا ذكره في عنوان القاعدة المذكورة، وهو قيام الفعل مقام القول في ترتّب أثر القول عليه المختلف حسب اختلاف الأقوال والموارد من الملكيّة كما في الهديّة، ومن الإباحة كما في

تقديم الطعام إلى الضيف، ومن الزوجيّة كما في الرّجوع في العدّة.

يعني: أنّ الفعل يقوم مقام القول، ويترتّب عليه أثر ذاك القول القائم مقامه الفعل وأُريد منه أثره إلّا المعاطاة في المعاوضات؛ فإنّ في قيامها مقام المعاوضة القوليّة تفصيلاً؛ لأنّها تقوم مقامها إن كان الذي أُريد قيامها مقامه معاوضة إباحيّة وتفيد الإباحة مثل القول، وإن كان معاوضة تمليكيّة فلا تقوم مقامها.

وإن تأمّلت في عبارة القواعد لعلّك تصدّقنا فيما ذكرنا[1] شرحها، وعليه لا إباء لها عمّا ذكره صاحب الجواهر رحمه الله في توجيه العبارات.

ومن هنا يمكن أن يقال: إنّ مراده من المعاطاة في عبارته المحكيّة فيما بعد عن حواشيه على قواعد العلّامة من «أنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة أو لازمة، انتهى» هي المعاطاة المقصود بها الإباحة، فتأمّل.

تأييد أنّ النزاع في المعاطاة بقصد الملك ٣: ٣٢

قوله: مع أنّهم صرّحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس. ١٢/٨٢

أقول: ينبغي أن يقول: مع أنّ وظيفتهم التعرّض لبيان حكم المعاملة المتعارفة الشائعة بين الناس الكثير الابتلاء بها، وليس هذا إلّا المعاطاة المقصود بها التمليك والتملّك لا المقصود بها الإباحة، فإنّها نادرة جدّاً؛ وذلك لأنّه لم نَرَ إلى الآن من يصرّح بذلك في مورد، فعليك بالتتبّع ، ولو سلّم فهو إنّما يجدي فيما إذا انحصرت المعاملة المتعارفة بينهم في المقصود منها التمليك، أو كان المقصود بها الإباحة نادراً جدّاً، وكلاهما سيّما الأوّل محلّ نظر ومنع، فتأمّل.

قوله: بل صراحة بعضها كالخلاف. ١٣/٨٢

أقول: نظره في عبارة الخلاف إلى قوله: «من دون أن يكون ملكه»، وفي عبارة السرائر إلى قوله: «من غير أن يكون ملكه»، وفي عبارة التذكرة إلى قوله:

---

(١) في الأصل: ذكرناه.

«لأصالة بقاء الملك»، وفي عبارة القواعد إلى قوله: «لا الملك».

ويشكل دعوى الصراحة بأنّه إن أراد منها الصراحة في نفي الملك مطلقاً حتّى الجائز منه، ففيه منع واضح؛ وإن أراد منها الصراحة في نفي خصوص اللازم منه، ففيه: أنّه وإن كان مسلّماً، ولو من باب الأخذ بالقدر المتيقّن، إلّا أنّه لا مساس له بتأويل المحقّق الثاني تَتِرُّ.

كلام المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٣: ٣٢-٣٣

١٤/٨٢ **قوله: ولا يقول أحد بأنّها بيع فاسد سوى المصنّف في النهاية.**

أقول: إن أراد فسادها بلحاظ التأثير في حصول الملكيّة فالفساد بهذا المعنى هو المعروف المشهور، وإن أراد فسادها حتّى من حيث جواز التصرّف بنحو الإباحة فنعم، لكنّه لا يجديه بل ينافي ما هو بصدد إثباته.

وكيف كان، فهذا الكلام الذي مرجعه إلى دعوى الإجماع مع قوله وقوله تعالىٰ: ﴿إلّا أنْ تَكونَ تجارَةً عن تراضٍ﴾[1] الذي مرجعه إلى العموم الكتابي استدلال منه تَتِرُّ على إثبات أحد جزأي مدّعاه، أعني: بيعيّة المعاطاة وإفادتها للملك، كما أنّ قوله: «وإنّما الأفعال لم يكن دلالتها على المراد بالصراحة» استدلال منه على إثبات جزئه الآخر، أعني: التزلزل وعدم اللزوم، ومرجعه أيضاً إلى دعوى الإجماع، وإلّا فلا وجه للتفكيك بينه وبين اللزوم في عدم الاكتفاء بالفعل في الثاني دون الأوّل.

١٧/٨٢ **قوله تَتِرُّ: لامتناع إرادة الإباحة المجرّدة.**

أقول: الامتناع مسلّم لكن فيما لو أرادوها في المعاطاة المقصود بها التمليك، وأمّا لو كان مرادهم ذلك في المعاطاة المقصود بها الإباحة فلا امتناع فيه، وقد مرّ إمكان إرادة ذلك، ومن هنا قال الأصحاب كافّة بجواز التصرّف.

١٨/٨٢ **قوله: وأيضاً فإنّ الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً.**

أقول: نعم، الأمر كذلك؛ ولذا لم يقل أحد ـ فيما أعلم ـ بالملك حتّى في

---

(١) النساء: ٢٩.

صورة التلف سوى صاحب التنقيح رحمه الله، وإنّما قالوا باللزوم فيها، ولعلّ بل الظاهر أنّ مرادهم لزوم الإباحة، وليت شعري أنّه قدس سره من أين نسب حصول الملكيّة بالتلف إليهم قدس سرهم، وليس في كلامهم إلّا اللزوم بتلف إحدى العينين ونحوه؟ وأين أمثال هذه العبارة من الدلالة على لزوم الملكيّة؟ فتدبّر، فإنّه أعرف بمداليل كلماتهم وأبصر بفتاواهم منّا وإنّ كلّ ما نفهمه إنّما هو من بركة المراجعة إلى كلمات أمثاله قدس سره.

وكيف كان، فعلى تقدير حصول الملك اللازم عند التلف نقول: إنّه ليس من مقتضيات الإباحة حتّى يقال بأنّها لا تقتضيه، بل من مقتضيات إنشاء التمليك بالمعاطاة، وأمّا التلف: فهو من قبيل شرط التأثير، فافهم فإنّه محلّ نظر، بل منع.

قوله: إذ المقصود غير واقع. ٢٢/٨٢

كلام المحقّق الثاني في تعليقه على الإرشاد ٣: ٣٣ـ٣٤

أقول: يعني مقصود المتعاطين، وهو الإباحة المترتّبة على ملك الرقبة غير واقع؛ إذ المفروض عدم حصول ملك الرّقبة، فإذا انتفى القيد انتفى المقيّد، ولو وقع غير المقصود ـ وهو الإباحة المجرّدة عن ملك الرّقبة ـ لوقع بغير قصد.

هذا، وقد مرّ في شرح توجيه صاحب الجواهر حكمهم بالإباحة: أنّ مورد حكمهم بها صورة قصد الإباحة من أوّل الأمر لا بقيد ترتّبها على ملك الرّقبة، فعلى هذا لا يبقى مورد للإيراد بكون المقام من قبيل وقوع ما لم يقصد.

قوله: فمن منع فقد أغرب.

أقول: يعني من منَع عن وطء الجارية، مثل الشهيد في كلامه الآتي نقله، فقد أتى أمراً غريباً، ولعلّ نظره في وجه الغرابة إلى مخالفته للسيرة أو ظاهر إطلاقهم جواز التصرّف، وفيه تأمّل يأتي وجهه فيما علّقناه على قوله: «ويؤيّد إرادة الملك أنّ ظاهر إطلاقهم».

قوله: وأنّهم يحكمون بالإباحة المجرّدة عن الملك. ٢٣/٨٢

أقول: لا الملك المتزلزل كما وجّه به المحقّق الثاني كلماتهم.

قوله: وأنّ الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداء.

أقول: قبال حصولها به كما هو قضيّة توجيه صاحب الجواهر قدس سره.

٢٤/٨٢ **قوله: الإذن في التصرّف.**

أقول: هذا مفعول للاستلزام.

٢٥/٨٢ **قوله: في عبارته المتقدّمة.**

حاصل ما أورده المحقّق الثاني على المشهور ٣: ٣٤

أقول: يعني بها قوله: «إذ المقصود للمتعاطين الملك».

قوله: وحاصله.

أقول: بناء على ما قوّاه المصنّف من إرادتهم الإباحة المجرّدة عن الملك في صورة قصد التمليك من المعاطاة، يمكن دفع إيراد المحقّق الثاني عنهم؛ إذ لنا أن نختار كون الإباحة من المالك، ومستندة إلى إذنه، ونقول: إنّ المالك وإن لم يصدر منه إلّا إنشاء التمليك إلّا أنّ هذا يدلّ بالملازمة على الرّضا الباطني، بل الإذن في التصرّف في ماله المأخوذ منه بالتعاطي، وهذا كافٍ في الإباحة التكليفيّة المالكيّة، أي في تجويز الشارع التصرّف فيه وعدم مؤاخذته عليه تجويزاً مستنداً إلى رضا المالك به.

فإن قلت بما هو محصّل ما زاده في حاشية الإرشاد: من أنّ الإذن في التصرّف والرّضا به إنّما هو بعنوان أنّه يصير بالمعاطاة ملكاً له، والمفروض عدم حصول هذا العنوان في المال الخارجي ولا إذن بدونه.

قلت: نمنع عدم حصول ذاك العنوان؛ لأنّه ليس هو الملك في نظر الشارع كي يقال بعدم حصوله؛ بل مطلق الملك ولو في نظر العرف أو أقلّ من ذلك؛ لأنّ محلّ الكلام أعمّ من صدور المعاطاة من المعتقدين بالشرع المقدّس أو من غيرهم، ولا ريب في حصوله بمجرّد التعاطي في المأخوذ بالمعاطاة.

نعم لو كان مرادهم من الإباحة هو الإباحة الوضعيّة المالكيّة التي هي

عبارة عن إعطاء نوع سلطنة نظير العارية لاتّجه الإيراد بناء على إرادة الإباحة المالكيّة، ويكون حكمهم بهذا النحو من الإباحة من مصاديق وقوع ما لم يقصد؛ حيث إنّ هذا الوضع، مثل الملكيّة ونحوها من الوضعيّات، من الأُمور التسبيبيّة المحتاجة في حصولها في نظر العرف والعقلاء إلى سبب خاصّ يقصد منه ذلك، ولا يكفي فيه مجرّد الرّضا الباطني ولو في ضمن الإذن؛ لظهور أنّ المراد من الحلّ في دليل الطيب هو الحلّ التكليفي، ومن المعلوم أنّه لم يوجد سبب يراد به تحقّق الإباحة الوضعيّة؛ إذ الفرض أنّ المالك لم يصدر منه إلّا قصد التمليك وإنشاؤه، فلو وجدت لكانت بلا سبب، وهذا خلف، فتأمّل.

ولنا أن نختار كون الإباحة من الشارع ونمنع عدم الدليل عليها؛ لإمكان الاستدلال عليها بآية حلّ البيع ـ بالتقريب الذي يأتي في الاستدلال بها على إفادة المعاطاة للملك ـ من أنّ مفادها إباحة جميع التصرّفات المترتّبة على البيع العرفي؛ والمعاطاة بيع عرفاً، ولا يرد عليه ما أورده عليه هناك من عدم ثبوت الملازمة بين الإباحة والملك؛ إذ المدّعى هنا إثبات الإباحة المجرّدة عن الملك، فتدبّر جيّداً.

وبالجملة: إيراد المحقّق الثاني غير وارد عليهم، نعم يرد على من فصّل منهم في المقبوض بالعقد الفاسد بين علم المقبض بالفساد وجهله به، بالقول بالإباحة في الأوّل دون الثاني: أنّه لا وجه للتفرقة بينه وبين المقام، بل لابدّ إمّا من التفصيل بين الصورتين فيهما، أو القول بالإباحة مطلقاً في كلا المقامين؛ إذ هما من وادٍ واحد.

قوله: ويؤيّد إرادة الملك أنّ ظاهر إطلاقهم. ٢٧/٨٢

أقول: بعبارة أُخرىٰ: ويبعّد إرادة الإباحة المجرّدة، ويقرّب إرادة الملك المتزلزل كما ذكره المحقّق الثاني رحمه الله: «أنّ ظاهر إطلاقهم»؛ إذ بناء عليه لابدّ من التقييد والحمل على التصرّفات الغير المتوقّفة على الملك بخلافه بناء على

إرادة الملك المتزلزل من الإباحة.

وكيف كان، فيمكن الخدشة في هذا المؤيّد بمنع الإطلاق في التصرّف المذكور في كلامهم، فإنّ أكثرهم قد رتّبوا جواز التصرّف على الإباحة وفرّعوه عليها؛ وقضيّة ذلك أنّهم بصدد بيان أثر الإباحة ونتيجتها فينحصر بما لا يتوقّف على الملك؛ لأنّ الإباحة لا تنتج أثراً يضادّها وينافيها، ومن هنا منع الشهيد رحمه الله في محكيّ حواشيه على القواعد عمّا يتوقّف على الملك من التصرّفات.

٢٨/٨٢ **قوله: وسيجيء ما ذكره.**

أقول: هذا استشهاد على بعد الالتزام المذكور، يعني ولبُعد ذلك ذكر بعض الأساطين كما سيجيء: أنّ هذا القول ـ يعني القول بالإباحة المجرّدة عن الملك من حين المعاطاة ـ مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

الجواب عمّا أورده المحقّق الثاني على المشهور ٣: ٣٥ـ٣٦

٣٠/٨٢ **قوله: مع أنّ المحكيّ عن حواشي الشهيد.**

أقول: يعني ومع التصريح بالمنع عن التصرّف المتوقّف على الملك، كيف يمكن توجيه الإباحة بالملك المتزلزل؟

وفيه: أنّه لم يوجّه الإباحة في كلامه به حتّى لا يمكن ذلك؛ ولذا أشار إلى ردّه بقوله: «ومن منع فقد أغرب»، وإنّما وجه به ما في كلام غيره.

٣٢/٨٢ **قوله: بإهداء الهديّة.**

أقول: يعني والهديّة ممّا يقصد به التمليك لا الإباحة، فيشهد على أنّ مورد حكمهم بالإباحة هو صورة قصد التمليك، وأمّا وجه شهادة ذلك، بأنّ مرادهم من الإباحة هو الإباحة المجرّدة عن الملك لا الملك المتزلزل، هو استثناء وطء الجارية؛ إذ لو كان مرادهم الإباحة المترتّبة على الملك المتزلزل لما كان وجه الاستثناء المذكور، وبضميمة عدم الفرق من هذه الجهة بين الهدية والبيع يتمّ الاستشهاد.

هذا، ويتّجه عليه أنّه يتمّ الاستشهاد بكلام الشيخ لاشتماله على

الاستثناء المذكور دون كلام العلّامة والحلّي لخلوّه عنه.

هذا بناء على أن يكون نظره في الاستشهاد على إرادة الإباحة المجرّدة إلى مسألة الاستثناء، وأمّا لو كان نظره فيه إلى تصريحهم بعدم حصول الملك وحصول الإباحة، فيتّجه عليه أنّ هذا لا يزيد على تصريحهم بذلك في البيع في عبائرهم المتقدّم نقلها، فيمكن أن يراد من الملك المنفيّ حصوله فيها كما في العبائر المتقدّمة: الملك اللازم، ومن الإباحة المثبتة: الملك المتزلزل.

وبالجملة: الاستشهاد بذلك على ما ذكره غير خالٍ عن المناقشة.

هل المعاطاة على القول بالإباحة بيع حقيقة؟ ٣: ٣٦

قوله: وكلاهما خلاف الظاهر. ٣٤/٨٢

أقول: أمّا الثاني فلوضوح ظهور الإباحة في غير الملك، وأمّا الأول فلأنّ الظاهر من البيع عند العرف واللغة عمومه للمعاطاة؛ لعدم كون التمليك بخصوص اللفظ مأخوذاً في مفهومه في العرف واللغة.

ثمّ إنّه لا منافاة بين جعله هنا نفي البيعيّة عن المعاطاة خلاف الظاهر الملازم؛ لكون البيعيّة هو الظاهر وبين تسليمه ظهور كلماتهم في نفي حصول الملك بها؛ وذلك لاختلاف الظهورين من حيث الموصوف؛ لأنّ الموصوف بالظهور في عدم حصول الملك بها هو كلماتهم، والموصوف بالظهور في بيعيّة المعاطاة هو لفظ البيع في العرف واللغة.

قوله: ويدفع الثاني تصريح. ٣٤/٨٢

أقول: يعني ويمنع الثاني ـ مضافاً إلى مخالفته للظاهر كما عرفت ـ تصريح بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع... إلى آخره.

وحاصل وجه الدّفع والمنع: أنّ هذا الثاني ـ أعني: إرادة الملك الغير اللازم من الإباحة ـ لا يجري في كلام هذا البعض القائل بعدم تزلزل البيع من غير جهة الخيار؛ حيث إنّ لازمه تزلزله من غير بهته أيضاً، وكذا لا يجري في كلام من صرّح بأنّ الإيجاب والقبول من شروط صحّة انعقاد البيع لا لزومه،

يعني: من شرائط انعقاد البيع الصحيح لا البيع اللازم.

هذا بناء على كون الـ«صحّة» في أصل النسخة، وأمّا بناء على وقوعها غلطاً فالمعنى واضح.

وكيف كان، فالظاهر بل المتعيّن أنّ كلمة «بالصيغة» من غلط النسخة.

ثمّ إنّه قد يستشكل على دفع الثاني بتصريح البعض بانحصار شرط اللزوم بأنّ لازم هذا البعض أنّ الصيغة عنده ليست من شرائط اللزوم، فيلزم أن لا تكون من شرائط الصحّة أيضاً؛ إذ لم يقل أحد بأنّها شرط الصحّة دون اللزوم، وينتج ذلك: أنّ المعاطاة عند هذا البعض تفيد الملك اللازم، فتفترق مقالته عن مقالة المشهور القائلين بعدم إفادتها اللزوم، والمحقّق الثاني في مقام توجيه كلمات المشهور، فلا يصحّ دفعه بتصريح هذا البعض القائل باللزوم.

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ ظاهر قول المصنّف تصريح بعضهم، يعني بعض المشهور، بل صريحه أنّ هذا البعض أيضاً من جملة المشهور وأنّه مثلهم قال بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة، فحينئذٍ يصحّ الدفع بالتصريح بما ذكر.

وتقريبه: أنّ قضيّة حفظ هذا التصريح وعدم رفع اليد عنه هو الالتزام في المعاطاة: إمّا بالملك اللازم ، وإمّا بالإباحة المجرّدة عن الملك مطلقاً حتى الجائز منه، والأوّل لا يرضى به المحقّق الثاني الموجّه لكلمات المشهور، فتعيّن الثاني وأنّ مراده من الإباحة نفس معناها الظاهرة فيه، فافهم.

١/٨٣ **قوله: فإن قلنا بأن البيع.**

أقول: جواب هذا الشرط قوله: «فيصحّ على ذلك نفي البيعيّة على وجه الحقيقة»، وجملة الشرط والجزاء معاً جواب «إمّا».

وأمّا قوله: «فإن كان في نظر الشارع» إلى قوله:« فيصحّ» فهو شطر ممّا تقدّم ذكره في دفع الإشكال عن التمسك بالإطلاقات؛ بناء على الوضع للصحيح، فالفاء هنا لعطف ما بعدها على ما قبلها بدل ثمّ هناك.

وأمّا معادل قوله: «فإن قلنا»، وهو قوله: «وإن لم نقل به بل قلنا بأنّه حقيقة في الأعمّ، فلا يصحّ نفي البيعيّة على وجه الحقيقة» فلم يذكره لوضوحه، فمعنى العبارة: أمّا الأوّل، أعني نفي حقيقة البيع عنها، ففي كونه باطلاً ومدفوعاً وممنوعاً مثل الثاني.

تفصيل: فإنّا إن قلنا بالشرطيّة الأُولى فيصحّ، وإن قلنا بالشرطيّة الثانية المطوية في العبارة فلا يصحّ.

هذا، والتحقيق هو الثاني كما بيّنّاه في بحث الصحيح والأعمّ من الأُصول.

[● آراء بعض العلماء في المعاطاة]

الأقوال في المعاطاة ٣: ٣٧ـ٣٨

قوله: ويكفي في وجود القائل به قول العلّامة في التذكرة: الأشهر. ٤/٨٣ ـ ٥

أقول: يعني وعلى تقدير منع ظهور عبارة المفيد﵀ في اللزوم ودعوى عدم دلالتها عليه كما يأتي الكلام في بيان وجهه، يكفي في الدلالة على وجود القائل به قول العلّامة﵀: الأشهر... بل التعبير بلفظة الأشهر ـ دون «المشهور» ـ كما يأتي إن شاء الله ـ يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به وأنّ القائل باللزوم ليس بقليل، وإلّا لعبّر بلفظ «المشهور» كما لا يخفىٰ.

قوله﵀: وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ﵀ في إهداء الجارية. ٨/٨٣

أقول: إهداء الجارية بالخصوص وإن لم يحك عنه؛ لأنّ المحكيّ عنه مطلق إهداء الهدية، العامّة بإطلاقها له، إلّا أنّه قد أراده من المطلق قطعاً بقرينة استثناء الوطء فكأنّه ذكره بالخصوص.

ثم إنّه أسند هذا القول هنا إلى الشيخ﵀ دون الحلّي والعلّامة﵄ من جهة أنّه صرّح باستثناء وطء الجارية دونهما .

قوله: كما حكى عن ظاهر المفيد. ٤/٨٣

أقول: سيأتي الكلام فيما هو المنشأ لتوهّم ظهور عبارته في لزوم

المعاطاة وما فيه من الخدشة، فانتظر.

٦/٨٣ **قوله: في حاشية منه وفي عدّ هذا من الأقوال في المعاطاة تأمّل.**

أقول: وجه التأمّل أنّه من الأقوال في موضوع المعاطاة، وأنّه عبارة عن الخالي عن اللفظ الخاصّ في مقابل من جعلها عبارة عن الخالي عن مطلق اللفظ، لا من الأقوال في حكمها بعد الفراغ عن تحقّق موضوعها، فقوله باللزوم بشرط اللفظ في الجملة إنّما هو من جهة خروجه عن موضوع المعاطاة عنده؛ لاعتباره فيه الخلوّ عن مطلق اللفظ.

١٠/٨٣ **قوله رحمه الله: نعم يوهمه ظاهر عبارة التحرير حيث إنّه قال: الأقوى عندي...** — رأي المشهور ٣: ٣٨ـ٣٩

أقول: لا يقال: نعم يوهمه لو كان مراده من المعاطاة في العنوان ما قصد به التمليك، وهو غير معلوم؛ لاحتمال أن يراد منها ما قصد به الإباحة والتعبير باللزوم، والفسخ إنّما هو بلحاظ كونها عقداً قد أُنشئ بالفعل، والتعبير بالمعاوضة إنّما هو بلحاظ كون الإباحة بإزاء الإباحة كما هو ظاهر العنوان بملاحظة التعبير بباب المفاعلة، فيكون معاوضة أيضاً، غاية الأمر لا بين المالين بنحو الملك، فحينئذ تكون العبارة أجنبيّة عن القول بإفادة المعاطاة المقصود بها الملك: الملك الغير اللازم، ولا يكون احتياج إلى ما تكلّف به المصنّف رحمه الله؛ لأنّا نقول: يمنع عن إرادة هذا الاحتمال قوله بعد ذلك: «بخلاف البيع الفاسد»؛ إذ لا مجال لتوهّم كون المعاطاة المقصود بها الإباحة كالبيع الفاسد حتّى يدفعه بذلك، وهذا بخلاف المقصود بها التمليك، فتدبّر جيّداً.

١٢/٨٢ **قوله: إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك.**

أقول: بل لا معنى لها بعد الحكم بالإباحة؛ حيث إنّه إعادة لما يستفاد من العبارة السابقة على القول بالإباحة، بخلافه على القول بالملك؛ لأنّه بناء عليه يصير من قبيل بيان الحكم بعد تحقّق موضوعه، فكأنّه قال: الأقوى أنّ المعاطاة تفيد الملك الغير اللازم، فلا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه لتحقّق

الملك، بخلاف البيع الفاسد، فإنّه يحرم الانتفاع فيه؛ لعدم تحقّق الملك فيه.

رأي العامّة في المعاطاة ٣: ٣٩

قوله: وكذا اللزوم. ١٣/٨٢

أقول: لا يتمّ هذا بناء على كون مراده ﷺ بيان أنّ المعاطاة المقصود بها التمليك يفيد الإباحة إلّا في قوله: «غير لازمة»، وأمّا في قوله: «لزمت» فلا؛ لأنّ اللزوم هناك حكم شرعيّ لا قصديّ، فيراد القصدي من الأوّل أيضاً.

[● أدلّة المعاطاة ومناقشتها]

الاستدلال بآية ﴿أحلّ اللّه البيع﴾ ٣: ٤٠ ـ ٤١

قوله: حيث إنّه يدلّ على حلّية التصرّفات المترتّبة على الملك. ١٧/٨٢

أقول: فدلالته على صحّة المعاطاة على هذا تكون بالالتزام؛ لأنّ مدلولها المطابقي حلّية كلّ تصرّف مترتّب على البيع بعد وجود المعاطاة، فيعمّ التصرّف المتوقّف على الملك، ولازم حلّية هذا النحو من التصرّف تأثير المعاطاة في النقل والانتقال، وهو المطلوب.

ثمّ إنّ الوجه في هذا التقريب ظهور الحلّ في الآية في الحلّ التكليفي، مع ملاحظة كون البيع بمعنى صرف الإنشاء غير قابل لأن يتوهّم فيه غير الحلّ، حتّى يحتاج إلى البيان، أو ملاحظة أنّ الآية في مورد الامتنان ولا امتنان في تحليل مجرّد إنشاء النقل والانتقال، فإنّه مع ملاحظة أحد الأمرين المذكورين يوجب تقدير التصرّفات قبل البيع أو جعله كناية عنها.

ومن هنا يعلم وجه التأمّل في القول بدلالتها على المطلوب بالمطابقة، فإنّها مبنيّة على جعل «أحلّ» بمعنى «أنفذ» حتّى يشمل الحلّ الوضعي بمعنى الصحّة، وهو خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر من الحلّ هو التكليفيّ.

وكيف كان، فيمكن تقريب الاستدلال بالآية بأنّ المراد من البيع فيها المبيع؛ وذلك لأنّ المراد من الرّبا ـ بقرينة نسبة الأكل إليه في قوله تعالى قبل ذلك: ﴿الذينَ يأكُلونَ الرّبا لا يُقومون إلّا كما يَقومُ الذي يَتَخبّطُه الشيطانُ من

المسّ ذَلِك بأنّهم قَالُوا إنّما البَيعُ مِثلَ الرِبا﴾[١] ـ إنّما هو معناه اللغوي، وهو الفضل والزيادة، ولكن بالمعنى الاسم المصدري المنطبق على المال بحيث يصحّ حمله عليه، لا معناه الاصطلاحي، أي المعاملة المتعارفة بين الناس؛ لعدم قابليّة تعلّق الأكل به بذاك المعنى.

ويؤيّده قوله في بعض الأخبار: «ويردّ الرّبا إلى صاحبه؛ لأنّ القابل للرّد ليس إلّا المال» ويؤيّده أيضاً قوله تعالىٰ: ﴿يَمحقُ الله الرِبا ويُربي الصّدَقات﴾[٢]، وجه التأييد واضح، وحينئذٍ يكون المراد من البيع بقرينة المقابلة المقدار المساوي من المبيع للثمن، ولا إشكال أنّ متعلّق الحلّ والحرمة ليس المقدار المساوي له والمقدار الزائد بما هما من الأعيان الخارجية كالماء والشاة والخمر والخنزير، بل بما هما مبيع ورباً، وحقيقة المبيع ـ على ما عرفت في تعريف البيع ـ ما أُقيم مقام الثمن فيما له من الأوصاف الاعتباريّة بل عينه اعتباراً، فيكون المعنى: أنّ المبيع بما هو قائم مقام الثمن حلال، ولا ريب أنّ حلّ الثمن إنّما كان من جهة الملكيّة، فيكون حلّ المبيع أيضاً من هذه الجهة، وهذا عين معنى تأثير البيع، ومن هنا يعلم معنى حرمة الرّبا.

وقد يتوهّم أن هذا التقريب لا بأس به إلّا أنّه مبنيّ على كون البيع بمعنى المبيع وهو غير ثابت، ويندفع بما في المصباح ـ الذي قال العلّامة الأُستاد: إنّه أمتن كتب اللغة ـ من قوله: يطلق البيع على المبيع، ويقال: هذا بيع جيّد. انتهى.

وظاهره من جهة ترك إتيان «قد» التقليليّة: عدم قلّة هذا الاستعمال مع شيوع استعمال المصدر وإرادة معنى المفعول، فتأمّل وافهم.

١٨/٨٣ **قوله قدس سره: وأمّا دعوى الإجماع.**

أقول: لمّا كان الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً ينافي ما ادّعاه من

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) البقرة: ٢٧٦.

صدق البيع عليها ـ المتوقّف عليه التمسّك بـالآية الشـريفة ـ تـعرّض لدفـعه بقوله ﷺ: «فمرادهم».

وحاصل الدّفع: أنّه ينافيه لو كان مراد المجمعين ظـاهر ذلك مـن عـدم كونها بيعاً حقيقة وليس كذلك، بل مرادهم من البيع الذي ينفونه عنها: إنّما هو المعاملة الصحيحة المؤثّرة في إفادة الملك بالفعل التي من أوصافها المعرّفة لها أنّها لازمة بحسب اقتضاء ذاتها لو خلّيت ونفسها، ولو لم تكن لازمـة بـالفعل لأمر خارج عن ذاتها مثل الخيار، فمرادهم بالبيع المنفيّ عنها في كلامهم ومعقد إجماعهم: هو البيع الصحيح أي نفي صحّته لا حقيقته.

والشاهد على هذا التصرّف في كلامهم: تصريح السيّد في الغنية بكـون الإيجاب والقبول من شرائط صحّة البيع لا من شرائـط تـحقّق أصـل حـقيقته ومفهومه.

وجه الشهادة: أنّه لو كان مرادهم ما هو ظاهر كلامهم لكان اللازم جعله من شرائط الحقيقة لا الصحّة ، ومن ملاحظة ما ذكرنا فـي شـرح المـراد مـن المعاملة اللازمة هنا ينشرح قوله في التـنبيه الأوّل: «فـنفي البـيع»، أي البـيع المنفيّ عنها في كلامهم ومعقد إجماعهم: هو البيع المفيد شرعاً اللـزوم زيـادة على الملك، ويعلم أنّ معناه: البيع الذي من أوصافه المعرّفة له أنّه يفيد اللزوم شرعاً بالذات، لولا هناك ما هو خارج عن الذات مانع عن تأثيره فـي اللـزوم زيادة على صحّته بالفعل وإفادته للملك، يعني: البيع الصحيح المـؤثّر المـفيد لأصل الملك الذي من لوازم ذاته شرعاً إفادته للزوم أيضاً.

وممّا ذكرنا في شرح العبارتين يظهر: أنّ ما اسـتشكل السـيّد العـلّامة الأُستاد ﷺ على عبارة المقام بما هو مـذكور فـي تـعليقته، والمـولى العـلّامة الآخوند ﵀ على العبارة الآتية في التنبيه الأوّل في حاشيته بأنّ قـوله: «فـنفي البيع عن المعاطاة...» لا يصحّ أن يكون تفريعاً على القول بالإباحة، وإنّما هـو

تفريع على القول بالملك وإن كان خلاف سوق الكلام غفلة منهما نشأت من قلّة التدبّر في كلام المصنّف، فتدبّر جيّداً.

نعم يرد عليه ﷺ أنّ التصرّف في البيع في معقد إجماعهم بحمله على البيع الصحيح لا يجدي في رفع مانعيّة هذا الإجماع عن التمسّك بالآية في صحّة المعاطاة؛ إذ يكفي في ذلك الإجماع على نفي صحّة البيع بدون الإيجاب والقبول اللفظيين.

غاية الأمر على هذا يكون خروج المعاطاة عن الآية من باب التخصيص، وعلى الأول من باب التخصّص ، وعلى التقديرين: لا يجوز التمسّك بها ولا سبيل إلى دفع هذا الإيراد إلّا منع حجّية الإجماع المنقول.

وعلى هذا لا حاجة إلى تأويل كلامهم والتصرّف فيه.

ثمّ إنّه كان ينبغي للمصنّف ﷺ في هذا المقام ـ أعني مقام المناقشة على الاستدلال بالآية لأجل إفادة المعاطاة للملك ـ أن يتعرّض لدفع توهّم دلالة «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» على اعتبار اللفظ في إفادة البيع للملك الموجب لتخصيص الآية بأن يقول: وأمّا قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام... إلى آخره» فسيأتي الكلام في عدم دلالته على اعتبار الكلام في الصحّة، وكذا في اللزوم.

١٩/٨٣ ـ ٢٠ قوله: ودعوى أنّ البيع الفاسد.

أقول: هذه خدشة في الاستشهاد بجعل اللفظ من شرائط الصحّة في عبارة الغنية على التصرّف في كلامهم.

وحاصل الخدشة: أنّه يكون شاهداً على التصرّف فيه لو كان البيع الفاسد بيعاً عندهم، فيكشف ذلك عن وضعه للأعمّ، وهو ممنوع، فيكشف ذلك عن وضعه للصحيح، فيكون شرط الصحّة شرطاً لأصل تحقّق المفهوم فبانتفائه ينتفي حقيقة البيع، فتصريح الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط الصحّة

لا يكون شاهداً على التصرّف في كلامهم بما ذكر؛ إذ نفي الصحّة على هذا مساوق لنفي الحقيقة، فلابدّ من إبقائه على ظاهره، ومعه لا يتمّ التمسّك بالآية.

والجواب عن هذه الخدشة: ما أشار إليه بقوله: «قد عرفت الحال فيها»، ويمكن أن يكون نظره في ذلك إلى ما ذكره سابقاً من أنّ حقيقة البيع ليس إلّا صرف إنشاء تمليك عين بعوض معلوم؛ حتّى إنّه لم يؤخذ في مفهومه قيد التعقّب للقبول فضلاً عن الإيجاب والقبول اللفظيّين؛ ويمكن أن يكون نظره فيه إلى ما تقدّم نقله عن جامع المقاصد من قوله: «لأنّها بيع بالاتّفاق حتّى من القائلين بفاسدها»، وعلى الأول يكون المراد. أنّه قد عرفت أنّ الدعوى المذكورة خلاف التحقيق في معنى البيع، وعلى الثاني أنّها خلاف الواقع، وأنّ البيع الفاسد بيع عندهم.

الاستدلال بآية التجارة ٣: ٤١

قوله: وممّا ذكرنا يظهر وجه التمسّك بقوله تعالىٰ: ﴿إلّا أنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَراضٍ﴾[1]. ٢٠/٨٣

أقول: يمكن منع دلالتها على الملك بأنّ التجارة أعمّ من المملّكات؛ ولذا استدلّ بها بعضهم على مشروعيّة الإباحة المعوّضة، وأوضح منعاً لو كان المدّعى إفادة المعاطاة للملك على نحو البيع، بمعنى كونها بيعاً مفيداً للملك، لا على نحو غيره من المملّكات كما هو الظاهر من كلام القائلين بالملك على ما سيصرّح به المصنّف في أوّل تنبيهات المسألة، وتقدم أيضاً في أول عنوان المعاطاة في رد الأخيرين من وجوه تصوير المعاطاة.

هذا، والإنصاف دلالتها على نفوذ التجارة على النحو المقصود منها، وهو في المسألة عبارة عن التمليك والبيع حسب الفرض، وعمومها للتجارة غير المملّكة لا يمنع عن دلالتها على المطلب.

---

(١) النساء: ٢٩.

الاستدلال بحديث السلطنة والمناقشة فيه ٣: ٤١

قوله: وأمّا قوله: «الناس مسلّطون على أموالهم».

أقول: قال بعض الأفاضل حاصل ما أورده: أنّ هذا الكلام ليس في مقام تشريع الأسباب، وهذا معنى ما يقال: إنّ هذا الكلام ليس مشرّعاً، فهو إنّما يدلّ على أنّ ما يفعله الناس في أموالهم ـ من النقل وسائر التصرّفات ـ فذلك لهم، وليس لأحد منعهم ومزاحمتهم، وليسوا محجورين عن التقليب والتقلّب في أموالهم، ولا دلالة له على أنّ كلّ ما يريدون من النقل والانتقال يحصل بمجرّد إرادتهم، حتّى إذا دلّ دليل على أنّه يعتبر في نقل العين لفظ «بعت» مثلاً كان منافياً لعموم السلطنة ومخصّصاً لها، ولنعم ما قيل من أنّهﷺ قال: «الناس مسلّطون على أموالهم»، ولم يقل: «على أحكامهم» بحيث تكون سببيّة الأسباب بحسب إرادتهم ومشيتهم.

وقد يشكل أيضاً بأنّ اثبات السلطنة على المال لا يعمّ بحسب المفهوم العرفي قطع السلطنة.

والجواب عن هذا الإشكال: أنّ تسليط الغير وإحداث علاقة الملكيّة بينه وبين المال نحو سلطنة أيضاً، فلا موجب لإخراجه، وليس هذا مجرّد رفع السلطنة عن المال والإعراض عنه حتى يمنع ظهور الكلام فيه، بل هو من تمام السلطنة.

وأمّا الإشكال الأوّل: فإن فسّرنا «السلطنة» في الحديث بأنّ لهم كلّ نوع من أنواع التصرّف ـ كالبيع والهبة والإجارة والإعارة ونحوها بحيث يكون المراد منها أنواع التصرّفات ـ فيكون مهملاً بالنسبة إلى الكيفيّات التي تقع عليها تلك الأنواع؛ إذ معناه كما قلنا يكون: أنّ للناس أن يبيعوا أموالهم وأن يهبوا وهكذا، وأمّا أنّ لهم البيع مطلقاً بكلّ كيفيّة فلا دلالة له عليه؛ فإنّ إثبات صحّة المعاطاة بهذا الكلام فرع أن يكون له إطلاق لفظيّ بالنسبة إلى وجوه أسباب البيع، وهو منتفٍ، ولا يمكن التمسّك بدليل الحكمة؛ إذ يجوز أن يكون

صدور هذا الحديث لمجرّد بيان تسلّط الناس من غير نظر إلى تحقّق نوع التصرّف كالتصرّف البيعي مثلاً بكلّ وجه، ويكون هذا نظير ما إذا قيل: المرء يملك أمر زوجته له أن يمسكها وله أن يطلّقها، فكما لا يجوز التمسّك بهذا لوقوع الطلاق على كلّ حال وبكلّ لفظ يريد، فكذا لا يجوز التمسّك بمثل قوله: للمالك بيع ماله وله هبته وهكذا؛ لإثبات وقوع البيع بكلّ ما يريد، فإنّه جارٍ مجرى بيان أنّ أمر المال بيد مالكه لا يزاحمه فيه أحد، وليس له نظر إلى أسباب البيع كاللفظ وغيره.

وأمّا إذا جعلنا الحديث ناظراً إلى أشخاص التصرّفات، بأن يكون معناه: أنّ كلّ تصرّف يصدر عنهم في أموالهم فهو نافذ شرعاً، فيكون له عموم بالنسبة إلى أشخاص التصرّفات، وحينئذٍ فإذا أعطى المالك ماله غيره وسلّطه عليه السلطنة التامّة كان هذا تصرّفاً قطعاً، وقد دلّت الرواية على نفوذه.

ولا يبعد دعوى ظهور الحديث في هذا المعنى، فليتأمّل.

قوله: لا تدلّان على الملك. ٢٤/٨٣

أقول: يعني الملك من أوّل الأمر الذي قوّاه المصنّف تبعاً للمحقّق الثاني.

المناقشة في دلالة الآيتين ٣: ٤٢

قوله: وإباحة هذه التصرّفات إنّما تستلزم. ٢٥/٨٣

أقول: هذا جواب عن سؤال: وهو أنّ الدليل على النحو المذكور من الإباحة إنّما يدلّ على الملك من أوّل الأمر؛ لوجود الملازمة بينهما كما في غير مقامنا هذا من البيوع القوليّة؛ إذ لا إشكال فيها في حصول الملك من حين العقد، مع أنّ الآيتين لا تدلّان فيها أيضاً على أزيد من إباحة جميع التصرّفات، فلابدّ أن يكون استفادة الملك من أوّل الأمر من الملازمة بين الأمرين، فيثبت المطلوب في المقام؛ إذ المفروض ـ بمقتضى الآيتين ـ تحقّق اللازم وهو الإباحة المطلقة، فلابدّ من تحقّق الملزوم أعني الملك من

أوّل الأمر وهو المطلوب.

وحاصل الجواب: أنّ الملازمة التي تراها في المقيس عليه مختصّة به لا تتعدّى عنه إلى غيره؛ لأنّها ليست بعقليّة ولا عاديّة، بل شرعيّة محضةٌ حصلت ونشأت من إجماع العلماء على الملكيّة من أوّل الأمر وعدم القول بانفكاك الملك عن العقد، وهو موجود في المقيس عليه دون المقام الذي لا يعلم ذلك، أي عدم القول بالانفكاك بينهما فيه منهم، بل علم منهم القول بالانفكاك بينهما فيه؛ لأنّهم مع قولهم بعدم حصول الملك هنا ـ أي في المعاطاة ـ قد أباحوا جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، على ما يقتضيه ظاهر إطلاق كلماتهم، حيث لم يقيّدوا التصرّف في كلامهم بغير المتوقّف على الملك، ويشهد على إرادتهم هذا الإطلاق فهم الشهيد الثاني ﷺ، حيث إنّه صرّح في المسالك بأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ جميع التصرّفات؛ إذ لا وجه لنسبة ذلك إلى مجوّزي المعاطاة إلّا إطلاق كلماتهم.

٢٨/٨٣ **قوله: فيقال.**

أقول: هذا نتيجة للمنفيّ أعني التوقّف على الالتزام بالملك من أوّل الأمر يعني حتى يقال، وهذا هو المراد لو كان «ليقال» بدل «فيقال» كما في بعض النسخ المصحّحة.

المناقشة في دلالة السيرة ٣: ٤٢

٢٨/٨٣ ـ ٢٩ **قوله: وأمّا ثبوت السيرة.**

أقول: فيه أنّه لا مجال لما ذكره بالنسبة إلى سيرة العلماء وأهل الورع والتقوى في الدين، فالأولى في الإشكال عليها هو الإشكال الذي ذكره بالنسبة إلى الآيتين، وهو أنّ السيرة لا تثبت الملك من أوّل زمان وقوع المعاطاة الذي هو المدّعى، بل في الجملة ولو قبل زمان التصرّف المتوقّف على الملك بآنٍ ما، ولا تتفاوت الحال في ذلك بين سيرة المسلمين بما هم مسلمون وبين سيرة العقلاء بما هم عقلاء.

والجواب عن هذا الإشكال هنا وفي الآيتين: هو دعوى الملازمة العرفيّة بين جواز جميع التصرّفات من حين المعاطاة وبين الملك من ذاك الحين، فإذا ثبت اللازم بها يثبت الملزوم لأجل الملازمة العرفيّة.

قوله: ودعوى أنّه لم يعلم. ٣٠/٨٣

أقول: كان المناسب تقديم ذلك على قوله: «وأمّا السيرة...»؛ حيث إنّه من تتمّات الإشكال على الآيتين.

وحاصله: أنّ نفي الإجماع على الملازمة في المقام وإثبات وجود الخلاف فيه إنّما يتمّ لو علم من المشهور القائلين بعدم حصول الملك من أوّل الامر إباحة جميع التصرّفات، ولكنّه لم يعلم؛ إذ لا سبيل إلى العلم بذلك إلّا الإطلاق ومقدّمات الحكمة المتوقّف عليها الأخذ بالإطلاق غير تامّة للشّك في كونهم في مقام إرادته؛ لاحتمال إرادة التصرّفات الغير المتوقّفة على الملك، فيكون المقام بالنظر إلى التصرّفات المتوقّفة عليه مسكوتاً عنها، فيتمسّك في إثبات جوازها بذيل الآيتين، فيثبت الملك من أوّل الأمر.

وحاصل الدفع : أنّه مصادرة؛ إذ مجرّد إثبات جواز هذا النحو من التصرّف ولو بالآيتين لا يكفي في إثبات المطلوب، بل لابدّ فيه من إثبات الملازمة بالإجماع، وأن كلّ من قال بإباحة جميع التصرّفات قال بحصول الملك من أوّل الأمر، وأنّى له بإثباته؟

الأولى في الاستدلال على المختار ٣: ٤٣

قوله: فالأولى حينئذٍ التمسّك في المطلب بأنّ المتبادر من حلّ البيع صحّته شرعاً. ٣٣/٨٣ ـ ٣٤

أقول: هذا تفريع على قوله: «اللهمّ إلّا أن يقال» ومرجع ذلك إلى دعوى الدلالة بطور المطابقة التي تأمّل فيها في السابق، ولكنّه الحق، وعلى فرض ظهور الحلّ في الحلّ التكليفي فيصحّ التمسّك بها أيضاً بدعوى الملازمة العرفية بين الصحّة وحلّ التصرّفات لو تمّت مقدّمات الحكمة في الآية، وإنّما

الشأن في تماميّتها لاحتمال كونها في مقام التشريع، وأصالة كون المتكلّم في مقام بيان تمام المراد عند الشكّ فيه غير ثابتة عندي.

قوله: هذا مع إثبات صحّة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتهما.

أقول: إطلاقاتهما لا تزيد على إطلاقات البيع لو لم تنقص عنها، فما يرد عليها وارد عليها أيضاً، مع أنّه قد حكي عن المصنّف ﷺ إنكار وجود الإطلاقات فيهما.

٣٤/٨٣ـ٣٥ **قوله: مع أنّ ما ذكر من أنّ للفقيه التزام...**

أقول: هذا بيان لصحّة الاستدلال بالآيتين بالتقريب الذي قوّاه أوّلاً، وأن الإشكال عليهما بقوله: «إلّا أن يقال» من جهة استلزامه ما لا يليق بالمتفقّه من الالتزام بحصول الملك اناً ما قبل التصرّف فاسد، لا يمنع من الاستدلال بهما.

[● القول بالإباحة واستلزامه قواعد جديدة ومناقشته]

دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة ٣: ٤٤ـ٤٦

١/٨٤ **قوله: أنّ القول بالإباحة المجرّدة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك والبيع...**

أقول: ينبغي أن يضيف إلى ذلك حصول الملكيّة فيما بعد عند التلف أو التصرّف؛ لأنّ بعض ما ذكره من الأُمور راجع إلى ذلك لا ربط له بالقول بالإباحة بما هي كما لا يخفى.

وحينئذ نقول: إنّه يمكن التفصّي عن هذا البعض الراجع إلى حصول الملك وأنّ السبب فيه ماذا؟ بأنّه بعد تسليم أوّل الأمر إلى الملكيّة وعدم بقائه على الإباحة على الدوام إنّما يرد لو كان مراد القائل بالإباحة لغويّة المعاطاة بالنسبة إلى الملكيّة، بمعنى أنّها لا تستند إليها أصلاً، وإنّما هي في زمان وجودها مستندة إلى شيء آخر غيرها؛ وأمّا لو كان مراده استناد الملك إليها

فيما بعدها في وقت وجودها كزمان التصرّف والتلف وأنّ المؤثّر في الملك هو المعاطاة، غاية الأمر بشرط التصرّف مثلاً كالقبض في الصّرف، فلا يلزم عليه جملة من الأُمور المذكورة مثل: مملّكيّة التصرّف الذي منه الإيصاء بما أخذه بالمعاطاة وأمثال ذلك، بل إنّما هو من قبيل الشرط في تأثير المعاطاة في الملك.

ومنه يعلم حال الشفعة والرّبا؛ إذ يكفي فيهما البيع العرفي الموقوف صحّته شرعاً على أمر لم يحصل بعد كالقبض في الصّرف والتصرّف في المقام، فتأمّل.

وأمّا المواريث، فيمكن أن يقال بذلك فيها أيضاً فيقال بتأثير المعاطاة في الملك عند موت أحد المتعاطيين، ويمكن أن يقال فيها بأنّ الإرث في المأخوذ بالمعاطاة على القول بالإباحة إنّما هو من باب كون مباحيّة المأخوذ بها للآخذ ممّا تركه الميّت، فتدبّر جيّداً.

قوله: بإرادة التصرّف بهما أو معه دفعة . ٢/٨٤

أقول: يعني بإرادة التصرّف في العين والمنفعة منفردة عن التصرّف، أو مع التصرّف ومنضمّة إليه بحيث يكون المملّك مركّباً عن الإرادة والتصرّف، لا خصوص الإرادة كما في المعطوف عليه. وبقرينة هذا الكلام يعلم أن مراده من إرادة التصرّف في صدر الكلام إرادة التصرّف وحدها أو منضمّة إلى التصرّف، والظاهر أنّ مراده من التصرّف أعمّ من المتوقّف على الملك كما يدلّ عليه قوله فيما بعد: «ومنها أنّ التصرّف»، وسيأتي وجه الدلالة.

قوله: بخلاف من قال: اعتق عبدك عنّي. ٣/٨٤

أقول: فإنّ القائل قاصد للتصرّف الناقل إلى ملكه ثمّ عتقه أو الصدقة عنه.

قوله: وعدم التصرّف فيه. ٤/٨٤

أقول: هذا عطف على البقاء، وضمير «فيه» راجع إلى المقابل، وضمير

«به وينفي» راجع إلى التصرّف، وضمير «عليه» راجع إلى «ما في اليد» وكذلك أي مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرّف فيه.

قوله: والدّيون.

أقول: حيث إنّه يترتّب على المأخوذ بالمعاطاة حكم الملك في جواز مطالبة الآخذ له بأداء الدين منه فيما لم يكن عنده ما يفي بدينه إلّا ذاك، وعدم وجوب الانتظار إلى الميسرة، فلو لم يكن ملكاً له لوجب هذا وحرم ذاك، والحال في النفقات على المنوال، بل نفقة الزوجة من قبيل الدّين.

قوله: وحقّ المقاسمة.

أقول: الموجود في شرح القواعد: «حقّ المقاصّة»، وهو الأوفق كما لا يخفىٰ.

قوله: والشفعة.

أقول: بأن باع أحد الشريكين حصّته بالمعاطاة، ولا ريب في ثبوت الشفعة للشريك الآخر واستحقاق إرجاعها إلى نفسه بالشفعة، فعلى القول بالإباحة تتعلّق الشفعة بما لم يخرج عن ملك البائع الشريك مع أنّه لابدّ منه ثبوت الشفعة.

قوله: والرّبا.

أقول: بأن يبيع المأخوذ بالمعاطاة بجنسه مع التفاضل، فإنّه يحرم تكليفاً عليه، والحال أنّ مقتضى القاعدة على القول بالإباحة عدم حرمته عليه؛ لأنّ موضوع الحرمة هو المعاملة الصحيحة المؤثرة للأثر لولا الرّبا، ولا صحّة هنا لولاه؛ لكون المبيع مال الغير، فلازم حرمة الرّبا عليه إجراء حكم الملك على غير الملك، فتدبّر.

٥/٨٤ **قوله: وأنّ صفة الغنى والفقر.**

أقول: يعني صفة الغنى وجوداً وصفة الفقر عدماً تترتّب عليه، أي على ما

في اليد، كذلك أي مع العلم ببقاء مقابله... إلى آخر ما ذكره فيما قبل.

قوله: ومع حصوله. ٧/٨٤

أقول: ضمير «حصوله» و «تلفه» راجع إلى المأخوذ بالمعاطاة المستفاد من سياق الكلام.

قوله: فالقول بأنّه المطالب.

أقول: ضمير «بأنّه» و «لأنّه» راجع إلى القابض بالمعاطاة المستفاد من سوق الكلام، والمطالب بصيغة الفاعل؛ يعني فالقول بأنّ القابض بالمعاطاة هو الذي يطالب المقبوض بالمعاطاه من الغاصب له؛ لأنّ القابض تملّك المقبوض بالمعاطاة بغصب الغاصب إيّاه أو تلفه في يد الغاصب، غريب.

قوله: والقول بعدم الملك. ٨/٨٤

أقول: يعني والقول بأنّ القابض هو المطالب لكن مع عدم تملّكه له بالغصب والتلف، بعيد جدّاً؛ لأنّ المطالب من الغاصب لا يكون إلّا المالك. وفيه نظر؛ لجواز مطالبة المباح له أيضاً بلحاظ أنّ الغاصب أزال يده عن الانتفاع بالعين.

قوله: ونفي الملك مخالف. ٩/٨٤

أقول: يعني ونفي ملك الآخر للعوض الآخر.

قوله: وكلاهما منافٍ لظاهر الأكثر. ١١/٨٤

أقول: الظاهر أنّ هذا إيراد آخر غير الاستبعاد، يعني: مع أنّ كلا الأمرين من كون حدوث النّماء مملّكاً له فقط، وكونه مملّكاً له وللعين خلاف ظاهر الأكثر؛ لأنّ الظاهر منهم حصر المملّك في التصرّف والتلف.

هذا بناء على كون النسخة «وكلاهما»، وفي بعض النسخ المصحّحة «ولا هما» يعني ولا المملكيّة للنّماء فقط، والمملكيّة له مع العين خلاف ظاهر الأكثر؛ حيث إنّ ظاهرهم كونه ملكاً لقابض ذي النّماء، فلابدّ أن يكون حدوثه

مع فرض كونه قبل التصرّف في ذيه مملّكاً له منفرداً أو مع العين، وإلّا فلابدّ من الإلزام بأنّ المملّك له هو التصرّف فيه فيما لم يتصرّف فيه لا يكون ملكه.

وفيه: أنّ التصرّف في شيء لا يكون سبباً لملك المتصرّف على القول به إلّا مع الإذن فيه من المالك، وهو غير معلوم؛ لأنّ الذي صدر من المالك هو التصرّف في ذي النّماء، وشموله للتصرّف في النّماء خفيّ.

١٢/٨٤ **قوله: مع الاستناد فيه.**

أقول: يعني مع الاستناد في كون التصرّف مملّكاً إلى أنّ إذن المالك في التصرّف إذن في التمليك؛ نظراً إلى أنّ الإذن في الشيء إذن فيما يتوقّف عليه.

١٣/٨٤ **قوله: وذلك جارٍ في القبض.**

أقول: يعني وذلك الذي هو المناط في حصول الملك بالتصرّف أعني كون إذن المالك في التصرّف إذناً في التمليك ـ بالتقريب الذي ذكرناه ـ جارٍ في قبض ما تعلّق به المعاطاة، بل القبض أولى في حصول الملك به من حصوله بالتصرّف؛ لاقتران القبض بقصد التمليك من المعطي، دون التصرّف لانفصاله عنه، فلا يصحّ قصر التمليك بالتصرّف.

٨/٨٤ **قوله: فعجيب.**

أقول: لكونه من تقدّم المسبّب على السّبب أو حصول الملك بلا سبب.

المناقشة فيما ادّعاه كاشف الغطاء ٣: ٤٦ ـ ٥١

١٤/٨٤ **قوله: أمّا حكاية تبعيّة العقود وما قام مقامها ففيها أوّلاً.**

أقول: محصّل هذا الجواب منع كون المعاطاة على مذهب المشهور من صغريات هذه القاعدة، بتقريب أنّ الموضوع في القاعدة هو العقود المعتبرة الممضاة عند الشارع بواسطة قيام الدليل على الصحّة فيها، بمعنى ترتّب الأثر المقصود منها عليها، لا الأعمّ منها ومن العقود التي لم يقم دليل على صحّتها كذلك، وإلّا فانفكاك الأثر على المقصود وعدم التبعيّة للقصد ـ كما في العقود الفاسدة ـ غير عزيز، ومن المعلوم أنّ عدم التبعيّة في هذا الموضوع من جهة

لزوم التناقض غير معقول لا أنّه أمر معقول إلّا أنّه يلزم منه الخروج عن القاعدة وتأسيس القاعدة الجديدة على خلافها على ما يظهر من ذلك البعض؛ وأمّا التي لم يقم دليل على صحّتها بالمعنى المذكور ـ كالمعاملات الفعليّة قبال القوليّة مثل المعاطاة على مذهب المشهور؛ حيث إنّ المفروض عندهم عدم وجود ما يدلّ على صحّتها بالمعنى المذكور؛ لتوهّمهم كون العقد اللفظي مأخوذاً في حقيقة المعاملات الموجب لعدم صدق عناوينها المأخوذة في أدلّة الصحّة على الخالية عنه ـ فلا يحكم بترتّب الأثر المقصود بها ـ وهو الملك ـ عليها ؛ لعدم المقتضي لذلك حسب الفرض؛ إذ الفرض عدم الدليل على صحّتها كذلك، وإن شئت قلت: لعدم الدليل على التبعيّة فيها؛ فلا يشملها قاعدة التبعيّة حينئذ أصلاً؛ حتّى يلزم من عدم حكم المشهور بحصول الملك الخروج عن القاعدة وتأسيس قاعدة أُخرى جديدة.

فإن قلت: إذا لم تكن صحيحة ولم تؤثّر في حصول المقصود فكيف تؤثّر في حصول غير المقصود، أعني الإباحة فيما نحن فيه على المشهور؟

قلت: أيّ ملازمة بين الأمرين؟ بل كلّ منهما يدور مدار قيام الدليل عليه وجوداً وعدماً، فإذا فرض قيام دليل على ترتّب الإباحة على المعاطاة التي لم يقم دليل على إفادتها الملك ـ كما زعمه المشهور حيث يدّعون قيام السيرة عليه ـ حكم به بلا لزوم محذور أصلاً.

فتبيّن من هذا البيان أنّ قوله: «فإنّ تبعيّة العقد للقصد» تعليل لمحذوف وهو قوله: «مثلاً» فيخرج عن تحت القاعدة موضوعاً، فتأمّل وافهم.

قوله: كما نبّه عليه الشهيد في كلامه المتقدّم من أنّ السّبب الفعلي لا يقوم. ١٧/٨٤

أقول: مراده من ذلك قوله رحمه الله : «وأمّا المعاطاة في المبايعات فهي لا تفيد إلّا الإباحة لا الملك» فإنّ ذكره هذه الجملة بعد قوله: «قد يقوم السّبب الفعلي

مقام القولي» كالاستثناء منه، فيكون مفاده أنّ السّبب الفعلي لا يقوم مقام القولي في المبايعات، فتفطّن كي لا تسند الغفلة إلى المصنّف‏ وتقول: إنّ المذكور في كلامه المتقدّم نقيض ما أسنده إليه.

١٨/٨٤ **قوله: وثانياً أن تخلّف العقد.**

أقول: اعلم أنّ قاعدة التبعيّة بمقتضى الحصر المستفاد منها ـ منحلّة إلى عقد إيجابيّ، وهو أنّ العقود تؤثّر في المقصود، وأنّ ما يقصد منها هو الذي يوجد بعدها؛ وعقد سلبيّ، وهو أنّ العقود لا تؤثّر في غير المقصود، وأنّ ما لا يقصد منها لا يوجد بها.

وحينئذٍ نقول: إمّا أن يكون غرض بعض الأساطين هو الإشكال بالمعاطاة بناء على المشهور فيها على كلا عقدي القاعدة أمّا على العقد الإيجابي، فبعدم افادتها للملك، وأمّا على العقد السلبي فبإفادتها للإباحة؛ وإمّا الإشكال على خصوص العقد الأول بعدم إفادتها للملك، وإمّا الإشكال على خصوص العقد الثاني بإفادتها للإباحة.

ولا يخفى أنّه على التقدير الأوّل يتّجه على المصنّف‏: أن هذا الجواب من أجزاء الجواب الأوّل وتتمّاته؛ إذ بدونه يكون ناقصاً كما هو واضح، فلا معنى لجعله جواباً ثانياً.

وعلى الثاني يتّجه عليه: أنّه حينئذٍ يكون أجنبيّاً عن مورد الإيراد بالمرّة؛ إذ مفاد ما ذكره في هذا الجواب أنّ العقود قد تؤثّر في غير المقصود، وهو راجع إلى العقد السلبي وإثبات للتخلّف بالنسبة إليه؛ وذلك لأنّ الظاهر من الأمثلة المذكورة في الجواب ـ من جهة ذكر ثبوت أمر غير مقصود في ذيل كلّ منها ـ هو إرادة إثبات تأثير العقد في غير المقصود منه؛ وإلّا لكان ذكر ذلك في ذيلها لغواً.

اللهمّ إلّا أن يجعل ذكر ذلك من باب ذكر اللازم وإرادة الملزوم كما لعلّه

يساعد عليه قوله: «نعم الفرق»؛ حيث إنّ المراد من التخلّف فيه عدم ترتّب المقصود على العقد لا ترتّب غير المقصود عليه، فافهم.

وعلى الثالث يتّجه عليه ـ مع أنّه لا حاجة حينئذٍ على الجواب الأول ـ: أنّ ما ذكره من النقوض لا يرفع الإيراد لو كان مراده من التبعيّة هو التبعيّة العقليّة؛ حيث إنّ مفاد العقد السلبي كما يأتي بيانه أنّ الأمر القصديّ لا يوجد إلّا بالقصد، وهو أمر عقليّ لا يمكن تخلّفه، أي وجوده بدون القصد، وهو خلف فرض كون الأمر المقصود من الأُمور القصديّة، فعلى هذا لابدّ من التوجيه في موارد النقض أيضاً.

نعم يتمّ ما ذكره في الجواب لو كان مراده من التّبعيّة هي التبعيّة الشرعيّة القابلة لورود التخصيص عليها، نعم يطالب القائلون بالإباحة بقيام الدليل على التخصيص، لكنّه خلاف التحقيق.

وكيف كان، فما ذكره في هذا الجواب الثاني بالنسبة إلى العقد السلبي جواب نقضيّ، وأمّا جوابه الحلّي: فقد علم ممّا أجاب به عن الإشكال على العقد الإيجابي ـ وهو الخروج الموضوعي ضرورة ـ أنّ الموضوع في هذا العقد السّلبي المفهومي إنّما هو على طبق[1] الموضوع في العقد الإيجابيّ المنطوقيّ سِعة وضيقاً، وقد مرّ أنّه فيه منحصر بالعقد الصحيح، فنقول: إنّ غاية ما يفيده العقد السّلبيّ أنّ العقد بالنسبة إلى ترتيب غير المقصود لا اقتضاء صِرف لا أنّه مقتضٍ لعدم ترتّبه عليه، ومعلوم أنّ اللا اقتضاء لا ينافي قيام الدليل المقتضي لإفادة الإباحة مثل السيرة بناءً على المشهور.

ويشكل جواب النقضي: بأنّ تخلّف العقد عن القصد وتأثيره في غير المقصود على نحوين:

أحدهما: كون الواقع بالعقد مخالفاً للمقصود منه من حيث الماهيّة، مثل

---

(١) في الأصل: طبع.

قصد الهبة ووقوع الإجارة.

وثانيهما: كونه مخالفاً له من حيث القيود والشروط زيادة ونقيصة، كما في تبعّض الصفقة.

وغرض بعض الأساطين هو استبعاد التخلّف من حيث الماهيّة؛ إذ الملك غير الإباحة ماهيّة، والتخلّف في جميع ما ذكره المصنّف‏ﷺ من النحو الثاني حتى في مسألة وقوع النكاح الدائم عند ترك ذكر الأجل على فرض قصد الانقطاع؛ بناء على التحقيق من وحدتهما من حيث الماهيّة واختلافهما بالتأجيل وعدمه، فإنّ الدوام عبارة عن صرف عدم القطع والتأجيل، لا بالتأجيل والتأبيد كي يكون الدوام أمراً وجوديّاً.

وهذا نظير البيع نسيئة والبيع حالّاً فإنّهما متّحدان حقيقة، وإنّما الاختلاف بينهما بالتأجيل في الأوّل وعدمه في الثاني، لا بالتأجيل في الأوّل والتعجيل في الثاني، فلو قال: بعتك هذا بثمن كذا، وترك ذكر الأجل نسياناً فمقتضى القاعدة كونه بيعاً صحيحاً حالّاً، لا كونه باطلاً؛ لما تعرفه.

بل مقتضى النظر الدقيق أنّ وقوع النكاح الدائم مع نسيان الأجل ليس إلّا وقوع عين المقصود بلا نقصان فيه أصلاً؛ إذ المراد من تبعيّة العقود للقصد: أنّ وقوع مضمون العقد المستعمل فيه لفظ ذاك العقد يتبع ويتوقّف على أن يكون القصدمن استعماله فيه وقوعه به قبال قصد شيء آخر، ومن المعلوم أنّ ناسي ذكر الأجل قد استعمل لفظ «زوّجت» مثلاً في معناه الموضوع له، وقصد منه تحقّق معناه وهو الزوجيّة به وكونه سبباً لوجوده، بمعنى أنّ الداعي إلى استعماله فيه هو إيجاده به، والمفروض أنّ مضمونه بواسطة ترك التقييد بالأجل ليس إلّا صرف الزوجيه الخالية عن قيد الانقطاع والتأجيل، ولم يحصل بالعقد إلّا هذا المضمون المقصود، ولم ينقص منه شيء، وإنّما يكون النقصان فيما إذا ذكر الأجل ووقع المطلق الخالي عنه.

وبالجملة: لو كان المراد من القصد في قاعدة تبعيّة العقد للقصد قصد وقوع مضمون العقد المستعمل فيه لفظه ووجوده، بمعنى كون الغرض الداعي إلى استعماله فيه تحقّقه به، فلا تخلّف أصلاً لا ذاتاً ولا قيداً، نعم لو أُريد منه القصد والإرادة والشوق المؤكّد كي يكون المعنى: أنّ وقوع مضمون العقد تابع لإرادة العاقد إياه وشوقه إليه، فيتحقّق التخلّف في الغرض قيداً، بل وذاتاً أيضاً، لكن لا ينبغي الإشكال في أنّ المراد منه هو المعنى الأوّل، فتأمّل وافهم؛ فالقياس مع الفارق ، فتدبّر جيّداً.

وأمّا جوابه الحلّي، فيمكن المناقشة فيه: بأنّه مبنيّ على التجمّد بظاهر لفظ العقود والأخذ بقشره في قاعدة تبعيّة العقود للقصود. وتوهم أنّ مراد بعض الأساطين من اللفظ: ظاهره وليس كذلك، بل مراده‌ﷺ أنّ وقوع الأُمور القصدية وتحقّقها في الخارج تابع لقصدها وموقوف عليه، ولا يوجد بدون القصد.

فحاصل إيراده‌ﷺ بذلك على القول بالإباحة مع قصد التمليك : أنّ الإباحة من الأُمور القصدية، فلا يوجد ولا يتحقّق بمقتضى الكبرى المذكورة بدون القصد إليها، والمفروض في المعاطاة هو القصد إلى التمليك دون الإباحة، فحصولها[1] ـ حينئذٍ كما هو قضيّة القول بها مع قصد التمليك ـ يوجب حصولها بدون القصد إليها، فيلزم مخالفة الكبرى المذكورة.

ولا يخفى أنّ الإيراد المذكور مبنيّ على كون المراد من الإباحة عند القائلين بها: الإباحة المالكيّة؛ لأنّها التي يكون من الأُمور القصديّة المتوقّفة على القصد، بخلاف الإباحة الشرعيّة، وعلى هذا التقريب لا يبقى مساس لمنع كون المعاطاة من العقود الصحيحة بالإيراد؛ لأنّ مراده من العقود الأُمور القصديّة المعامليّة، ومن المعلوم أنّ نفي العقديّة عن المعاطاة حينئذٍ غير مربوط

---

(١) في الأصل: محصولها.

بالإيراد المذكور، وأنّ المربوط به منع كون الإباحة المالكيّة من الأُمور القصدية، أو منع كون المترتّب على المعاطاة عند القائلين بالإباحة هو المالكيّة، بل هو الإباحة الشرعيّة.

والأول غلط صرف، والثاني خلاف مبنى الإيراد من أنّ مرادهم من الإباحة هو المالكيّة، فاللازم في الجواب عن الإيراد، على هذا التقدير: الثالث، هو الالتزام بأنّ الإباحة المالكيّة أيضاً مقصودة للمالكين، غاية الأمر بالتّبع والالتزام، فيكون إنشاء التمليك إنشاء للإباحة أيضاً لأجل الملازمة، كما أنّ الإخبار عن الملزوم إخبار عن اللازم ، فحصول الإباحة المالكيّة في المقام على القول بالإباحة لا يكون من قبيل حصولها بدون القصد إليها، بل من الحصول بالقصد إليها تبعاً والتزاماً، غاية الأمر مجرّداً عن المقصود بالقصد المطابقي المتبوعي، فيكون نظير التعبّد بالمدلول الالتزامي للخبر مجرّداً عن التعبّد بمدلوله المطابقي، وليس فيه محذور عقليّ.

١٩/٨٤ **قوله: وتوهّم أنّ دليلهم.**

أقول: ستعرف إن شاء الله عند التكلّم في مدرك قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» أنّ هذا ليس بتوهّم بل هو الحقّ، وأنّ المقتضي للضّمان في تلك القاعدة هو اليد والقبض، وما في كلمات شيخ الطائفة قُدِّسَ سِرُّه من تعليل الضمان في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة بالإقدام على الضمان إنّما هو من باب بيان عدم المانع من تأثير اليد والقبض في الضمان، وهو الإقدام على المجانيّة وتعليل الشيء به لا من باب بيان المقتضي له وتعليله به، وأنّ جعل هذا دليلاً مستقلّاً في عرض اليد غفلة صدرت عن المسالك، فانتظر.

فإذن لا يرد النقض بالعقود الفاسدة بالنسبة إلى الضمان بالقيمة الواقعيّة الغير المقصود بها؛ لأنّه مسبّب عن اليد لا العقد الفاسد.

٢٠/٨٤ **قوله: وكذا الشرط الفاسد.**

أقول: صحّة العقد بالنسبة إلى ذات المشروط وبالنسبة إلى ما يملك فقط في بيع ما يملك وما لا يملك مبنيّة على كون الشرط والضميمة مطلوباً آخر وراء المشروط، والمنضمّ إليه، وإلّا بل كان بنحو وحدة المطلوب لا تعدّده، فلا ينبغي الإشكال في البطلان بالمرّة، وعلى المبنى المزبور لا يكون تأثير العقد بالنسبة إلى المورد ـ وهو المشروط والمنضمّ إليه ـ من قبيل تخلّف العقد عن المقصود وتأثيره في غير المقصود، وسيأتي في باب الشروط تحقيق الكلام في ذلك.

وأمّا بيع الغاصب، فسيأتي أنّه لا وجه لتصحيحه للمالك بإجازته إلّا بتنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك الواقعي ثم قصد المعاوضة له، ومع ذلك يكون المترتّب على العقد نفس المقصود لا غيره.

قوله ﷺ: نعم الفرق. ٢٢/٨٤

أقول: حاصل الفرق أنّ التخلّف فيما نحن فيه من جهة عدم المقتضي للتبعيّة؛ لما مرّ من عدم الدليل على صحّة المعاطاة وفي غيرها من الموارد المذكورة، من جهة وجود المانع عنه، أعني الدليل الدالّ على خروجها عن أدلّة صحّة العقود.

قوله: فلا بأس بالتزامه إذا كان. ٢٣/٨٤

أقول: لا يجدي هذا الجواب إلّا فيما إذا كان التصرّف موقوفاً على الملك، فلا يجري فيما إذا كان لم يكن كذلك، والمراد منه في قوله: «ومنها: أن يكون إرادة التصرّف من المملّكات» عامّ لكلا القسمين، كما يشهد له قوله فيما بعد: «ومنها: أنّ التصرّف إن جعلناه من النوافل القهريّة» إلى أن قال: «والجاني والمتلف جانياً على مال الغير ومتلفاً له انتهىٰ» حيث إنّ إتلاف مال الغير قد جعله من أفراد التصرّف، ومن المعلوم أنّ جوازه لا يتوقّف على ملك المتلف، فالإيراد باقٍ على حاله بالنسبة إلى أحد قسمي التصرّف.

هذا، مع إمكان المناقشة فيه حتّى في صورة توقّف[1] التصرّف على الملك بأنّه مبنيّ على جريان أصالة العموم في دليل توقّف هذا التصرّف على الملك، مثل: لا عتق إلّا في ملك وعدم تخصيصه بعتق العبد المأخوذ بالمعاطاة مثلاً، وهو مشكل أو ممنوع؛ لأنّ المقدار الذي قام عليه بناء العقلاء إنّما هو العمل بالعموم، وإجراء حكمه على فرد من أفراد العامّ المفروغ عن كونه فرداً له عند الشك في كونه محكوماً بحكم العامّ، وإرادته منه في مرحلة الحكم عليه وعدمه.

وأمّا العمل به في مورد حكم عليه بخلاف حكم العامّ قطعاً وشكّ في فرديّته للعامّ حتّى يلزم التخصيص ومخالفة العموم وعدم فرديّته له حتّى يبقى العامّ على عمومه، فقيام بناء العقلاء على العمل به والحكم بأنّ المشكوك من أفراد العامّ فغير معلوم، والمقام من الثاني؛ لفرض العلم بصحّة عتق المأخوذ بالمعاطاة على كلّ حال، وإنّما الشكّ في أنّه ملك للمعتق حتّى يبقى عموم «لا عتق إلّا في ملك» على حاله، أم لا حتّى يرد عليه التخصيص فيكون مملكيّة إرادة التصرّف في هذا القسم أيضاً خالياً عن الدليل الرّافع للأصل، فالإيراد على حاله مطلقاً.

٢٥/٨٤ **قوله: وأمّا ما ذكره من تعلّق الأخماس والزكوات ... إلى قوله: فهو استبعاد محض.**

أقول: يعني: أمّا ما ذكره من لزوم تعلّقها بغير الملك على القول بالإباحة، فهو ممّا لا مانع من الالتزام به إلّا محض الاستبعاد؛ إذ ليس فيه مخالفة القاعدة؛ لعدم ثبوت ما يدلّ على عدم تعلّقهما بغير الملك حتى فيما إذا جاز التصرّف فيه مطلقاً وعدم دليل يدلّ على اعتبار الملك في تعلّقها بشيء، وهو لا يصلح للمانعية، فلا بأس بالالتزام به.

---

(١) في الأصل: التوقّف.

ودفعه ـ أي دفع تعلّق الأُمور المذكورة بغير الملك ـ: بمخالفته للسيرة المستمرّة على عدم المعاملة مع غير الملك المعلوم كونه كذلك، وإن كان يباح التصرّف فيه مطلقاً، معاملة الملك في إجراء الأُمور المذكورة فيه كإجرائها في الملك، فيكشف ذلك عن أنّ إجراءها في المأخوذ بالمعاطاة وتعلّقها بـه لابدّ وأن يكون لأجل إفادتها الملك لا الإباحة المجرّدة، وإلّا لما فرّقوا بين موارد الإباحة المطلقة بإجرائها في بعضها كما في المعاطاة، وعدمه في بعضها الآخر، كما فيما لو صرّح بالإباحة وأنشأها بقوله: أبحت لك هذا بهذا إباحة مجرّدة عن الملك؛ فحينئذٍ لا يكون تعلّق الأُمور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة على الإباحة استبعاداً محضاً، بل يكون مخالفاً للسيرة القائمة على عدم تعلّقها بالمباح، وهو ـ أي التعلّق من جهة كونه مخالفاً للدليل: أي السيرة ـ غير جائز؛ فلابدّ من الالتزام بالملك وهو مطلق الرجوع إلى السيرة المستمرّة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، وقبول لها في الاستدلال إلى إفادة الملك، مع أنّ لازم القول بالإباحة المجرّدة ردّ هذه السيرة وعدم قبولها بما مرّ من كونها ناشئة من قلّة المبالاة في الدين.

ويمكن أن يقال في توجيه العبارة: إنّما ذكره من لزوم تعلّق الأُمور المذكورة بغير الملك؛ بناء على المشهور، أمر نشأ من صرف استبعاد عدم تعلّقها بالمأخوذ بالمعاطاة، ولم يقم دليل على بطلان عدم تعلّقها به، فيجوز لنا أن نمنع التعلّق به كما سبق عن الشهيد ﷺ منع التعلّق، فلا يلزم محذور تعلّقها بغير الملك.

وبالجملة: ما ذكره من المحذور فرع تسليم تعلّقها بالمأخوذ بالمعاطاة على مذهب المشهور، ولا مدرك لتسليمه إلّا محض استبعاد عدم التعلّق، ومن المعلوم أنّه لا يمنع عن منع التعلّق به فنمنعه، فيرتفع أساس المحذور المذكور.

ودفع احتمال المنع المذكور بمخالفته للسيرة وأنّ المسلمين[1] يعاملون معه معاملة الملك ويخرجون الأخماس والزكوات منه، رفع اليد عن الاستدلال على إفادتها للملك بلزوم قاعدة جديدة من القول بالإباحة ، ورجوع إلى الاستدلال عليها بالسيرة، فلا يكون دليلاً على حدة وراءها، ولعلّ هذا التوجيه أولى من الأوّل.

٢٦/٨٤ـ ٢٧ **قوله: فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان.**

أقول: يعني إن ثبت عدم ضمان المثل أو القيمة بإجماع أو سيرة. ويحتمل بل يستظهر أنّ النسخة «كون» بدل «كان» ، وعليه يكون هو الفاعل لـ«ثبت»، ويكون قوله: «فيكون تلفه» جواباً لإن الشرطيّة في قوله: «فإن ثبت».

٢٧/٨٤ **قوله: فيكون تلفه في يد كلّ منهما.**

أقول: يعني يحكم بأنّ تلف كلّ من المالين في يد كلّ من المتعاطيين إنّما هو من مال ذي اليد حال كونه مضموناً عليه بعوضه المسمّى.

قوله: لأنّ هذا هو.

أقول: هذا علّة لكون التلف من مال ذي اليد المستلزم لكونه ملكاً له قبل التلف، وهذا إشارة إلى كون التلف من ماله.

٢٨/٨٤ **قوله: وبين عموم على اليد.**

أقول: يعني وبين حفظ عمومه عن ورود التخصيص عليه كما يرشد إليه زيادة لفظ «الرّعاية» في التوضيح، فلاتغفل.

٢٩/٨٤ **قولهﭬ : حكم بكون التلف من مال ذي اليد.**

أقول: أي حكم بحصول الملكيّة لذي اليد قبل التلف حفظاً؛ لعموم «على اليد» من طروّ التخصيص عليه؛ إذ لو بقى كلّ من المالين في ملك مالكه الأصلي

---

(١) في الأصل: المسلمون.

مع الحكم بضمان المسمّى لزم تخصيص العموم المقتضي فيما نحن فيه ضمانه بالمثل أو القيمة، ولا ريب أنّ حفظ العموم مهما أمكن أولى.

قوله: فذلك الإجماع مع العموم. ٢٩/٨٤

أقول: أي مع بقاء العموم المذكور على عمومه وعدم تخصيصه، ولا يخفى أنّ هذا من قبيل التمسّك بعموم العام وأصالة عدم التخصيص؛ لتعيين حال ما حكم عليه بخلاف حكم العام، مع دوران الأمر بين أن يكون من أفراد العامّ فيرد عليه التخصيص به، أو من أفراد غيره ليكون باقياً على عمومه ويحكم بأنّه ليس من أفراده، كما إذا علم أنّ زيداً يحرم إكرامه وشكّ في أنّه عالم أو جاهل، فيحكم عليه بأصالة عدم تخصيص «أكرم العلماء» بأنّه ليس بعالم، فيحكم عليه بسائر ما لغير العالم من الأحكام؛ حيث إنّه حكم على المأخوذ بالمعاطاة بعدم ضمانه عند التلف بالمثل والقيمة ودار أمره بين كونه باقياً في ملك المالك الأوّل كي يرد التخصيص على حديث: «على اليد» وكونه ملكاً للآخذ كي لا يرد ذلك عليه، فبأصالة عدم التخصيص «على اليد» يحكم بأنّه ملك للآخذ.

وهذا وإن كان قد اختاره المصنّف إلّا أنّه محلّ نظر، وتفصيل الكلام موكول إلى الأُصول.

قوله: بمنزلة الرواية المذكورة.

أقول: إذ كما أنّ رواية: «كلّ مبيع» تدلّ على أنّ تلف المبيع في يد البائع يكون من ماله لا من مال المشتري، المستلزم لانفساخ العقد قبل التلف ودخوله في ملك البائع، وإلّا لم يكن من ماله ويلزمه ضمان المثل والقيمة لاضمان الثمن المسمّى، وكذلك الإجماع المذكور بعد إبقاء العموم على حاله، يدلّ على كون التلف من مال ذي اليد المستلزم لحصول الملكيّة والانتقال قبل التلف.

٣٢/٨٤ **قوله: فظاهر إطلاقهم التملّك بالتلف.**

أقول: يعني إطلاقهم مورد التملّك بالتلف وعدم تقييده بالعين الباقية، فيعمّ التملّك للعين التالفة، فيكون مقتضاه أنّ التلف يوجب تملّك كلّ من الطرفين ما وصل إليه باقياً كان أو تالفاً، غاية الأمر تملّك التالف إنّما يكون بآنٍ ما قبل التلف، فعلى هذا يكون المغصوب منه مالكاً للتالف بالتلف بآنٍ ما قبل التلف، فيكون هو المطالب وعلى القاعدة.

قوله: من مال المغصوب منه.

أقول: يعني به من أُخذ منه المال فعلى هذا الفرض يكون مالكاً بالتلف، فيكون المطالبة من الغاصب له لا غير.

قوله: نعم لو قام الإجماع.

أقول: يعني الإجماع على عدم التملّك بتلف إحدى العينين خاصّة مع بقاء الأُخرى[1]؛ إذ لو أُريد الإجماع على عدمه مع التلف مطلقاً لما كان وجه لقوله: «لو لم يتلف عوضه»، بل كان خلاف فرض الإجماع، كما لا يخفى.

هذا بناء على كون النسخة كما ذكرنا، وأمّا بناء على كونها «لولا قام الإجماع» الذي حكى أنّ في نسخة المصنّف‏ هكذا صحّح، فالمعنى أنّه لو لم يقم إجماع على أن التلف يوجب التملّك مطلقاً حتّى التالف، بل كان الإجماع قائماً على كونه مملّكاً لخصوص العين الباقية، كان تلفه حينئذٍ بمقتضى القاعدة من مال مالكه لو لم يتلف عوضه قبل التلف، هذا فيكون المطالب عن الغاصب هو المالك والنظر في قيام الإجماع على العامّ، أو الخاصّ إلى وجود الإطلاق المعتبر في كلماتهم فالأوّل، وعدمه فالثاني.

٣٣/٨٤ **قوله: بل حكمه حكم أصله.**

أقول: فدخوله في ملك الآخذ حينئذٍ يحتاج إلى التصرّف، وكونه سبباً

---

(١) في الأصل: الآخر.

للملك يحتاج إلى إذن المالك فيه، وقد مرّ أنّه غير معلوم؛ لأنّ شمول الإذن في التصرّف في ذي النّماء للتصرّف في النماء خفيّ، وهذا عين ما سدّ بابه بعض الأساطين بقوله: «وشمول الإذن».

قوله: ويحتمل أن يحدث النّماء في ملكه.

أقول: هذا عين ما استبعده بعض الأساطين.

قوله: ورفع اليد... إلى قوله: أشكل. ١/٨٥ ـ ٢

أقول: ببالي أنّي رأيت في مورد لا أذكره فعلاً أنّ الشهيد ﷺ قال بغلطيّة هذه الصيغة؛ لأنّه اسم تفضيل من الإشكال من باب الأفعال المزيدة[١]، ولا يجيء منه اسم التفضيل وإنّما اللازم في مورده أن يقال: أشدّ إشكالاً، والأمر كما قال.

[● القواعد واقتضاء اللزوم]

مقتضى القواعد اللزوم مطلقاً ٣: ٥١ ـ ٥٣

قوله: بناءً على أصالة اللزوم. ٤/٨٥

أقول: يريد بها أصالة بقاء الملك بعد الرّجوع الملازم للّزوم لا أصالة نفس اللزوم حتى يرد عليه بأنّه ليس له حالة سابقة في المقام.

قوله: بل ربّما يزاد استصحاب بقاء العلقة. ٦/٨٥

أقول: قد تعرّض للجواب عن هذه الزيادة في أوّل الخيارات في ذيل التكلّم في تأسيس أصل اللزوم، وتفصيل الكلام هناك، فانتظر.

قوله: في الاستصحاب فتأمّل. ٧/٨٥

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّه من قبيل القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي، وهو محلّ بحث في الأُصول، وأنّ الحقّ جريان الاستصحاب في مثله، فمن أراد الاطّلاع على حقيقة الحال فليراجع إليها؛ أو إشارة إلى دفع توهّم كون

---

(١) في الأصل: المزيد.

الشك في المقتضى بأنّ الشكّ فيه في الرّافع أي في رافعيّة الموجود وهو الرّجوع؛ ضرورة أنّ الملك بعد وجوده لا يزول إلّا برافع، أو إشارة إلى دفع توهّم آخر وهو أنّ الأثر المقصود ترتّبه على الاستصحاب إنّما هو عدم تأثير الرّجوع في زوال الملكيّة، وليس هو من آثار القدر المشترك بين الملك اللازم والجائز، بل من آثار خصوص الأوّل؛ إذ لو كان من آثار مطلق الملك لما أمكن تحقّقه في ضمن الملك الجائز، فكيف يصحّ دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك؟

وحاصل الدفع: مع كون المقصود من الأصل ذلك، بل المقصود منه إثبات نفس المستصحب وهو صرف الملك، وعدم تأثير الرّجوع في زواله لازم عقليّ له، ولا بأس بترتيبه في مثل العامّ ممّا كان المستصحب من الأُمور الشرعيّة. وإن شئت قلت: إنّ المقصود هنا ترتّب أثر عدم التأثير المذكور على بقاء القدر المشترك، أعني الملك المطلق والحكم بلزومه فعلاً، وهو وإن كان من الأُمور المترتّبة على بقائه في ظرف الشك عقلاً، ولكن لا ضير فيه بل لا محيص له عنه فيما كان المستصحب الذي هو ملزوم لذاك اللازم من الأُمور الشرعيّة، كترتّب وجوب الامتثال على استصحاب الوجوب أو الحرمة، فتأمّل جيّداً.

٨/٨٥ **قوله: ومنشأ هذا الاختلاف.**

أقول: يعني اختلاف حكم الشارع من جواز الرّجوع وعدمه.

قوله: اختلاف حقيقة السّبب.

أقول: يعني اختلافه من حيث شدّته في التأثير وضعفه، فتأمّل، فإنّه إنّما يتمّ فيما إذا كان الجواز واللزوم بمعنى جواز فسخ العقد وعدم جوازه... إلى آخره، وأمّا إذا كانا بمعنى جواز ترادّ المعنيين كما في المقام وفي الهبة فلا، والفرق بين المعيين أنّهما بالمعنى الأول من الصفات القائمة بالعقد، فلو جعلا من أوصاف الملك فهو من قبيل الصفة بحال متعلّق الموصوف، وبالمعنى الثاني بالعكس؛ ولذا يجري الجواز بالمعنى الأول في صورة تلف العين، بخلافه

بالمعنى الثاني؛ فإنّه لا يجري إلّا مع بقاء العين، فالجواز واللزوم في المقام من خصوصيات الملك؛ فلابدّ من اختلاف الملك المسبّب، فافهم.

قوله: مع أنّه يكفي في الاستصحاب. ٩/٨٥

أقول: فيه ما لا يخفى؛ إذ مرجعه إلى أنّ الاستصحاب يجري مع الشكّ في أنّ المورد مورد الاستصحاب بأن يكون اللزوم والجواز من خصوصيات سبب الملك، أم لا بأن يكونا من خصوصيّات الملك المسبّب؛ لأنّ هذا الجواب إنّما هو بعد البناء على عدم جريان الاستصحاب على التقدير الثاني، وهو كما ترىٰ.

ويمكن أن يقال: إنّ غرضه من ذلك أنّ الإشكال على استصحاب الملك بما ذكره من دوران الأمر بين الفرد المتيقّن الارتفاع بالرّجوع وبين مشكوك الحدوث موقوف على إحراز كون اللزوم والجواز من خصوصيّات المسبّب، ومع عدم إحرازه واحتمال كونه من خصوصيّات السبب لا يجري الإشكال المذكور؛ لإمكان إحراز عدم كونه من خصوصيّات المسبّب بأصالة عدم التقييد فيه، ولا يعارضه أصالة عدم التقييد في السّبب؛ لأنّها أصل مثبت، فلا مانع من إجراء الاستصحاب فتأمّل.

ثمّ لا يخفى أنّه فرق بين هذا وبين قوله: «مع أنّ المحسوس» في أنّ هذا على تقدير صحّته لا يكون دليلاً على ما ذكره من عدم الاختلاف في حقيقة الملك بخلاف الثاني.

قولهﷺ: إنّ إنشاء الملك في الهبة اللازمة. ١٠/٨٥

أقول: في العبارة تسامح يعني الملك المنشأ، فإن قلت: كما أنّ الملك المسبّب فيهما شيء واحد كذلك سبب الملك وهو عقد الهبة أيضاً واحد، فمن أين ينشأ الاختلاف بينهما في الجواز واللزوم؟

قلت: لا نسلّم الاتحاد في السبب فإنّ خصوصيّة الموهوب له من

خصوصيات السّبب، وهما مختلفان من تلك الجهة؛ فإنّ الموهوب له في أحدهما ذو الرّحم، وفي الأُخرى غيره، فإن قلت: الأمران المختلفان لا يمكن أن يكون المسبّب منهما أمراً واحداً، فمع وحدته لابدّ وأن يكون السبب هو الجامع ويكون الخصوصيّة من قبيل «ضمّ الحجر» فمن أين يجيء الاختلاف في الجواز واللزوم؟

قلت: نعم، ولكن المسبّب ليس أمراً واحداً بل هو متعدّد، بعضه وهو الملك مستند إلى القدر الجامع، وبعضه الآخر وهو اللزوم، والجواز من آثار الخصوصيّة؛ مثلاً الهبة لذي الرّحم لها أثران: أحدهما الملك، والآخر عدم جواز الرّجوع، والأول منهما من أحكام طبيعة الهبة، والثاني من أحكام خصوصيّة كونها لذي الرّحم.

هذا، ولكنّه كما ترى؛ فلا محيص عن الالتزام بكون اللزوم من خصوصيّات المسبّب؛ تارة بتخصيص من المتعاملين ، وأُخرى بتخصيص من الشارع على اختلاف الموارد، كما قرّره السيّد الأُستاذ‌رحمه‌الله في التعليقة، وأجاب عن لزوم تخلّف العقد على الثاني بعدم الضير في هذا المقدار من التخلّف، وإنّما الممنوع عنه هو التخلّف بالمرّة جنساً وفصلاً، هذا والمقام محتاج إلى مزيد تأمّل.

١١/٨٥ـ١٢ **قوله: بحسب قصد الرّجوع.**

أقول: الجار متعلّق بالتفصيل.

١٢/٨٥ **قوله: لزم إمضاء الشارع.**

يعني لزوم ذلك في بعض الموارد ، وهو ما إذا حكم الشارع باللزوم مع قصد المالك عدمه، كما إذا كان المقصود في هبة ذي الرّحم عدم اللزوم وحكم الشارع باللزوم.

١٣/٨٥ **قوله: وإن أمكن القول بالتخلّف هنا في مسألة المعاطاة.**

أقول: في هذا الكلام إشارة إلى سؤال، وهو أنّ بطلان تخلّف العقد عن القصد لا يوجب بطلان الشقّ الثاني، وهو كون اللزوم والجواز من فصول الملك بحكم الشارع في المعاطاة، حتى يثبت المطلوب، أعني كونهما من فصول السّبب بضميمة بطلان معادله وهو كونهما من فصول الملك بحكم المالك، وذلك لإمكان تخلّف المعاطاة عن القصد كما مرّ سابقاً، فيمكن اختيار الشقّ الثاني فيها، فلا يتمّ الاستدلال حينئذٍ على ما رامه ولا يثبت المطلوب؟

كما أنّ قوله: «ولكن الكلام في قاعدة اللزوم» إشارة إلى الجواب عن هذا السؤال، وحاصله: أنّ الأمر كما ذكرت من عدم بطلان الشقّ الثاني في المعاطاة الموجب لعدم ثبوت المطلوب، إلّا أنّ البحث في قاعدة اللزوم بمعنى استصحابه لا ينحصر بالمعاطاة، بل يشمل العقود اللفظيّة المفيدة للملك، فحينئذ نجري الاستدلال المذكور لاتّحاد حقيقة الملك في خصوص العقود اللفظية؛ لبطلان الشقّ الثاني فيها كالشقّ الأوّل من شقّي الترديد، ونتمّم المطلوب في المعاطاة التي هي محلّ الكلام هنا بعدم القول بالفصل بين موارد حصول الملك بكون اللزوم والجواز من خصوصيات السبب في العقود القوليّة، ومن خصوصيّات الملك المسبّب في العقود الفعلية.

قوله: وكذلك لو شكّ في أنّ العقد الواقع. ١٥/٨٥

أقول: الفرق بين هذا وبين الجملة المعطوف عليها: أنّ الشبهة هنا موضوعيّة وهناك حكميّة، والمراد من أصالة اللزوم: الأصل العملي، أي الاستصحاب لا اللفظي، أي العموم أو الإطلاق المستفاد من قاعدة السلطنة، وآية التجارة وحديث الطيب وغيرها ممّا يأتي ذكره في المتن، وذلك مع أنّ المناسب على الثاني ذكر هذه الجملة بعد التعرّض للأدلّة الاجتهادية؛ لعدم صحّة الجملة المعطوفة حينئذٍ؛ لرجوع الأمر إلى التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقية ، وهو خلاف التحقيق عندهﷺ وعندنا.

١٦/٨٥ **قوله: كالصلح من دون عوض والهبة.**

أقول: الأوّل مثال للعقد اللازم والثاني للجائز.

قولهﷺ : نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

أقول: مفروض الكلام فيما قبل هذا إنّما هو ما إذا كان كلّ من المتعاملين شاكّاً في كون الواقع هو العقد اللازم أو الجائز، ومفروض الكلام هنا ما إذا كان أحدهما يدّعي العلم بلزوم العقد وأنّه صلح بلا عوض، والآخر يدّعي العلم بجوازه وأنّه هبة.

ثمّ قد يستشكل على هذه الجملة:

أوّلاً: بأنّ النزاع في كون العقد الصادر منهما لازماً أو جائزاً من موارد الدّعوى والإنكار، لا التداعي، فلا وجه لاحتمال التحالف.

وثانياً: بأنّه على تقدير كونه من موارد التداعي، لا وجه بالنسبة إلى التحالف للتعبير بالاحتمال، بل لابدّ من الجزم به.

وثالثاً: بأنّه على تقدير صحّة التعبير بالاحتمال، لا وجه لقوله: «في الجملة»؛ لعدم الفرق بين موارد التخاصم في لزوم العقد وجوازه.

وفي الكلّ نظر؛ لأنّ الميزان في تمييز المدّعي عن المنكر على التحقيق مخالفة القول لحجّة معتبرة في المورد لولا التخاصم من الأصل أو الظاهر وموافقته لها، فمخالفها مدّعٍ وموافقها منكر.

وأمّا التحالف فقد قال بعضهم في ضابطه: إنّه عبارة عن ادّعاء كلّ من المتداعيين على الآخر ما ينفيه الآخر بدون الاتّفاق على أمر واحد، وقد صرّح بذلك صاحب الحدائق في المطلب الرابع في اختلاف المتبايعين من الفصل الرابع من أحكام العقود، وقال بعضهم: إنّه عبارة عن كون الخصومة على نحو لا يرتفع النزاع بالحلف الواحد، ويظهر هذا من المحقّق الأردبيليﷺ في شرح الإرشاد.

وحينئذٍ نقول: لو تنازع وادّعى أحدهما وقوع العقد اللازم، مثل الصلح بلا عوض، وادّعى الآخر وقوع الجائز كالهبة مثلاً، احتمل التحالف بناء على الضابط الأوّل؛ لعدم الجامع بينهما، واحتمل عدم التحالف والرجوع إلى قاعدة المدّعي والمنكر بناء على الضابط الثاني؛ ضرورة ارتفاع النزاع في الفرض بالحلف الواحد، أعني حلف مدّعي اللزوم.

ثمّ إنّ الاحتمالين إنّما هو في الجملة وفي بعض الموارد، لا بالجملة وفي جميع موارد النزاع في لزوم العقد وجوازه؛ إذ منها ما لا مجال فيه لاحتمال التحالف على كلا الضابطين، كما لو ادّعى أحدهما أنّ العقد الواقع بينهما هو البيع الخياري، وادّعى الآخر أنّه غير الخياري؛ إذ لا مجال فيه للتحالف، أمّا على الضابط الثاني للتحالف فواضح، وأمّا على الأوّل فلاتّفاقهما على وقوع أمر واحدٍ وهو البيع، وإنّما النزاع في وصفه الزائد عليه وهو الخيار وعدمه، فلا إشكال في العبارة.

[● أدلّة اللزوم]

ما يدلّ على اللزوم من الكتاب والسنّة ٣: ٥٣ـ٥٥

قوله: فجواز تملّكه عنه... إلى قوله: منافٍ للسلطنة. ١٧/٨٥

أقول: فيدلّ الحديث بالدلالة الالتزامية على عدم جواز الرّجوع له وتملّكه له بدون اختياره؛ إذ لازم جوازه كذلك عدم السلطنة للمالك.

قوله: على انحصار سبب حل المال أو جزء سببه. ١٩/٨٥ ـ ٢٠

أقول: الأوّل كما في موارد الإباحة، والثاني كما في موارد التمليك، حيث إنّ الرّضا جزء السّبب، والجزء الآخر هو العقد قولاً كان أو فعلاً.

قوله: مع أنّ تعلّق الحلّ. ٢١/٨٥

أقول: في النسخة المصحّحة «من» بدل «مع» وهو الصواب كما لا يخفى وجهه.

٢٢/٨٥ ـ ٢٣ قوله: والتوهّم المتقدّم في السابق جارٍ هنا.

أقول: الظاهر سقوط لفظة «غير» من العبارة قبل لفظة «جارٍ»؛ لأنّ ما ذكر من التعليل بقوله: «لأنّ حصر...» يناسب أن يكون علّة لعدم الجريان لا للجريان.

بيان ذلك: أنّ إجراء التوهّم السابق في الاستدلال بحديث السلطنة عبارة عن أن يقال: إنّ الآية الشريفة تدلّ على عدم جواز أكل مال الغير وملكه، لا مال نفس الأكل بصيغة الفاعل وملكه، وكونه مال الغير بعد الرّجوع أوّل الكلام؛ لاحتمال تأثيره، فيكون مال نفس الأكل لا مال غيره، فيكون الاستدلال بالآية بعد الرّجوع على عدم تأثيره من قبيل التمسّك بالعامّ في الشبهة الموضوعية.

فظهر أنّ مبنى جريان التوهّم المذكور في هذه الآية هو كون المراد من موضوع الحرمة فيها هو مال الغير، وما ذكره من التعليل في طرف النقيض من ذلك؛ لأنّ قضيّة كون موضوع الحرمة فيها هو الأموال بعنوان كونها للأكل وبنائه على كونها له عند الأكل، فيكون المعنى بناء عليه ـ والله أعلم ـ: أنّه لا يجوز لأحد أكل مال على أنّه له وملكه إلّا بالتجارة عن تراضٍ، فيكون هذا التعليل هادماً لأساس الجريان، فكيف يصحّ أن يعلّل به؟

٢٣/٨٥ قوله: إنّما يراد به أكله.

أقول: الوجه في ذلك على ما قيل: أنّ الأكل في المستثنى إنّما هو من هذا القبيل فيكون شاهداً على أنّ المراد منه في المستثنى منه أيضاً هو الأكل بذاك القبيل، فتسلم الآية عن ورود التخصيص عليه بمثل الضيافة ونحوها ممّا يجوز الأكل فيها بلا تجارة عن تراضٍ؛ لأنّ خروجها بناء على هذا المعنى موضوعيّ.

ولكن يَرِدُ عليها: لزوم التخصيص بمثل الإرث ممّا كان الأكل معه من ذاك القبيل مع عدم كونه تجارة عن تراضٍ، ويأتي تتمّة الكلام في الآية الشريفة بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ.

قوله: نعم بعد إذن المالك الحقيقي. ٢٤/٨٥

أقول: فبإذنه ينقلب الموضوع عن كونه أكلاً بالباطل إلى كونه أكلاً بالحقّ، كأكل مال الصبيّ بإذن وليّه مع المصلحة فيه.

الاستدلال بما يدلّ على لزوم خصوص البيع ٣: ٥٥ـ٥٦

قوله: وقد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالىٰ: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1]. ٢٦/٨٥ـ٢٧

أقول: هذا هو المعروف، إلّا أنّ في دلالته على الملزوم إشكالاً؛ لابتنائها على اقتضاء الأمر بالشيء كالوفاء في الآية النهي عن ضدّه، وهو النقض والفسخ في مورد الآية، وعلى دلالة النهي عن المعاملة بالمعنى الأعمّ ومنه الفسخ سيّما مثل هذا النهي على الفساد، وكلاهما في حيّز المنع على ما حقّقناه في الأُصول.

قوله: فإنّ الشرط لغة: مطلق الالتزام. ٢٨/٨٥

أقول: فيه نظر يأتي وجهه في أوائل الخيارات، وأبسط منه في باب الشروط.

[● الإجماع وعدم لزوم المعاطاة ومناقشته]

قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة ٣: ٥٦ـ٥٧

قوله: إلّا أنّ الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع. ٢٩/٨٥

أقول: هذا شروع في إقامة الدليل على تخصيص قاعدة اللزوم في الملك بالمعاطاة تارة بالإجماع البسيط كما هنا، وأُخرى بالإجماع المركّب، كما يأتي بعد ذلك الإشارة إليه بقوله: «نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتّفاق المذكور: إنّ أصحابنا...»، وسيأتي الخدشة فيما جعله مخصّصاً لقاعدة اللزوم، فالعمدة في ذلك هو حديث: «إنّما يحرّم الكلام» بالتقريب الذي يأتي عند التكلّم فيه.

قوله: إلى زمان بعض متأخّري المتأخّرين. ٣٠/٨٥

---

(١) المائدة: ١.

أقول: يعني به الأردبيلي والكاشاني والجزائري في الثالث من مجلّدات شرحه على التهذيب حيث قال ـ في ذيل الكلام في آية التجارة عن تراضٍ ـ ما لفظه: واعلم أنّه يمكن أن يستفاد من ظاهر الآية حكمان:

أحدهما: عدم توقّف المبايعة ولزومها على العقد المصطلح بين فقهائنا من الإيجاب والقبول كميّةً وكيفيّةً؛ لأنّه جعل مناط الصحّة هو التراضي، وهذا عن شيخنا المفيد طاب ثراه في تجويز بيع المعاطاة.

وثانيهما: فساد بيع الفضولي؛ لأنّه لم يقع عن تراضٍ من أهل المال، وإليه ذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط، والمشهور بين علمائنا الجواز تعويلاً على رواية عروة.

وذكر مضمون الرواية، ثمّ قال: وفيه: بعد تسليم الرواية جاز أن يكون ذلك؛ لكون النبيّ صلى الله عليه وآله وكّله وكالة مطلقة. انتهى كلامه رفع مقامه.

٣٠/٨٥ **قوله في حكاية كلام المفيد قدس سره: وينعقد البيع على تراضٍ بين اثنين.**

أقول: يمكن أن يقال: إنّ مراده من التراضي هنا هو ما كان حال الإنشاء أعني منه طيب النفس بالبيع قبال الإكراه عليه. وفي قوله: «وتراضيا بالبيع» وهو إنشاء التراضي بالبيع وطيب النفس به وإظهار ذلك إنشاء، يعني وإنشاء ما تراضيهما[1] وطيب نفسهما بالبيع وكشفا عنه بقولٍ أو فعلٍ، لا التراضي بعد الإنشاء ووجود البيع، أعني التراضي بالبقاء واللزوم المعبّر عنه بالإمضاء والتّخاير كما حكي عن المجمع، قال: إنّ مذهب الإماميّة والشافعيّة وغيرهم أنّ معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتصرّف أو التخاير بعد العقد. انتهى.

ومراده بالتخاير: اختيار العقد وإمضاؤه؛ وذلك لأنّه لو كان المراد من التراضي في قوله: «وتراضيا» هو الإمضاء والتخاير، لما كان وجه لعطف «الافتراق بالأبدان» بالواو؛ لعدم الحاجة إليه في اللزوم، وجعل «الواو» بمعنى

(١) كذا في الأصل.

«أو» كما ترى.

ومراد المفيد ﷺ: «ممّا يملكان التبايع له» ما كان لهما تسلّط على بيعه وشرائه، فيخرج بيع الخمر والخنزير وأُمّ الولد والوقف والرّهن ونحوها ممّا لا تسلّط لهما على بيعه وشرائه، إمّا لعدم المقتضي له أو لوجود المانع، وبإدراج كلمة «التبايع» يدخل بيع مال المولّى عليه والموكّل؛ إذ للوليّ والوكيل تسلّط على بيع مالهما.

فالظاهر أنّه ﷺ إلى قوله: «وتقابضا» كان في مقام بيان شرائط الصحّة، ومنه إلى آخر العبارة بصدد بيان شرط اللزوم؛ فإنّ التقابض أيضاً شرط اللزوم، وبقاء العقد إمّا من قبل خيار التأخير كما لعلّه يساعد عليه ذيل كلامه، أو من قبل التلف قبل القبض الموجب لانفساخ العقد وعدم بقائه على حاله، أو من قبلهما معاً، ولعلّ الوسط أوسط؛ فيكون معنى عبارته ﷺ بناء على ما ذكرناه في بيان المراد من بعض كلماته هكذا: ينعقد ويوجد البيع والتمليك والتملّك على تراضٍ بين الاثنين ومع طيب نفسهما بالبيع باطناً، وعدم كونهما مكرهين عليه فيهما، أي في عين ومال يملكان التبايع له ويتسلّطان ذاك الاثنين[1] أحدهما على بيع ذاك المال والآخر على شرائه، إذا عرفاه جميعاً ولم يكن مجهولاً عندهما، وتراضيا بالبيع وإنشاء إرضائهما بالبيع، وأظهرا رضاءهما باطناً به، وتقابضا بعد إيجاب البيع وإنشائهما التراضي به ولو فيما إذا كان الإيجاب والإنشاء باللفظ لا بالتقابض وافترقا بالأبدان.

فهو ﵀ مع كونه في مقام بيان شرائط الصحّة واللزوم للبيع المراد منه في قوله: «وينعقد البيع» جنسه لم يتعرّض باشتراط اللفظ، فيستظهر منه أنّه ليس شرطاً في اللزوم أيضاً، وسيأتي ما يتعلّق بهذه العبارة من النقض والإبرام.

قوله: ويقوى إرادة بيان شروط صحّة البيع. ٣٢/٨٥

---

(١) كذا في الأصل.

أقول: الظاهر أنّه في مقام العلّة لقوله: «لا تدلّ». ومراده من العـقد الذي عبّر به عن البيع في عبارة المفيد: خصوص العقد القولي، وإلّا فلو كان أعمّ منه ومن الفعلي لما كان وافياً بمرامه بل كان مخلّاً به.

وفيه: أنّه ممّا لا شاهد له عليه، بل إطلاق البيع في كـلامه شـاهد عـلى خلافه، اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ نظر المصنّف‏ في ذلك إلى قوله: «وتقابضا» في ذيل العبارة؛ لأنّه لو كان المراد من البيع في قوله: «وينعقد البيع» أعمّ من القولي وغيره كالمعاطاة لم يكن وجه لذكر التقابض بعد ذلك؛ حيث إنّه لا يتصوّر كونه شرطاً إلّا بالنسبة إلى العقد القولي؛ لأنّ العقد الفعلي حقيقته التقابض، ولا يمكن كون شيء شرطاً لنفسه، فيكون هذا قرينة على كون المراد من البيع في صدر العبارة هو خصوص القولي.

ويمكن الخدشة فيه بإمكان أن يكون نظره في ذكـره إلى الإشـارة إلى شرط من شرائط اللزوم بالنسبة إلى أحد قسمي البيع، وهو البيع القولي؛ فـإنّه المحتاج إلى ذكر التقابض، يعني: وتقابضا في مورد يـحتاج إليـه بـعد أصـل الإنشاء تحفّظاً عن طروّ الانفساخ على العقد بالتلف قبل القبض، أو طروّ الجواز على العقد لأجل التأخير، وأمّا المعاطاة فأصل الإنشـاء، وهـذا الشـرط مـن شرائط اللزوم يحصل فيها دفعة واحدة.

ويمكن أن يكون نظره‏ فيما فـهمه مـن عـبارة المـفيد إلى قـوله‏: «وتراضيا الخ» بدعوى أنّ مراده من هذا التراضي وان كان هو التراضي في مقام الإنشاء البيعي لما مرّ، إلّا أنّ المراد منه بقرينة ذكر «التقابض» بعده هو خصوص إنشاء التراضي بالقول؛ إذ ظاهره اعتبار التقابض مضافاً إلى الإنشاء في جميع أفراد البيع، ولا يكون ذلك إلّا مع اختصاص البيع الصحيح اللازم بالبيع العقدي القولي.

فحينئذٍ يكون معنى العبارة أنّه يعتبر في البيع الصحيح اللازم التـراضـي

والملك ومعلوميّة العوضين والإنشاء القولي والتقابض بعده والإقران، وبدون اجتماع هذه الأُمور لا يكون صحيحاً لازماً إمّا لأجل انتفاء وصف الصحّة فيه كما لو انتفى أحد الثلاثة الأُولى، وإمّا لأجل انتفاء وصف اللزوم خاصّة كما في صورة انتفاء أحد الأخيرين، وإمّا لدوران الأمر بينهما كما إذا انتفى الرابع، أعني التراضي المراد به العقد القولي بما مرّ من التقريب؛ لدوران الأمر فيه عنده بين كونه شرطاً للصحّة مثل المشهور، أو شرطاً للّزوم مثل المحقّق الثاني ومن تأخّر عنه، فلا يستفاد من كلامه ﴿قدس سره﴾ صحّة المعاطاة وتأثيرها في أصل الملك فضلاً عن اللزوم.

ومن هنا يظهر أنّ مجرّد كون مراد المفيد ما ذكره المصنّف ﴿قدس سره﴾ لا يصحّح إسناد كاشف الرّموز اعتبار اللفظ في البيع مطلقاً حتّى في غير اللازم منه إلى المفيد ﴿رحمه الله﴾، اللهمّ إلّا أن يريد كاشف الرّموز من البيع خصوص الصحيح اللازم، وكيف كان، فلا دلالة فيه على اعتبار اللفظ المخصوص، فلو فرض أنّه يدلّ على اعتبار اللفظ فإنّما يدلّ على اعتبار مطلق اللفظ، ولو سلّم ذلك في تصحيح إسناد اعتباره إلى المفيد فلا نسلّم في إسناده إلى الشيخ ﴿قدس سره﴾.

وعلى أيّ حال فقد تبيّن ممّا ذكرنا في الحاشية السابقة أنّ دلالة عبارة المفيد ﴿قدس سره﴾ على لزوم المعاطاة مبنيّة على إطلاق البيع في قوله: «وينعقد البيع» وإطلاق «تراضيا» بمعنى أوجبا التراضي بالبيع، أو أوجبا البيع الناشئ عن التراضي الباطني، وعمومهما للمعاطاة وإنشاؤهما البيع بها مجرّداً عن اللفظ الموجب لتقييد قوله: «وتقابضا» وحمله على خصوص البيع القولي.

كما أنّه تبيّن ممّا ذكرناه في هذه الحاشية عدم دلالتها عليه، واختصاص موردها بخصوص البيع القولي على العكس، وتقيّد البيع في أوّل العبارة وقوله: «تراضيا» بالبيع القولي وحملها عليه الموجب لبقاء «تقابضا» على إطلاقه بمعنى عدم ورود قيد عليه؛ لاختصاصه من الأوّل بخصوص القولي، فيدور

الأمر بين حفظ الإطلاق في البيع وفي قوله: «تراضيا» وبقيد قوله: «تقابضا» بحمله على ما إذا كان البيع بالقول.

وقضيّة ذلك: دلالة عبارة المفيد على لزوم المعاطاة وبين تقييد إطلاق البيع بحمله على خصوص القولي الموجب لانحفاظ «تراضيا» و«تقابضا» عن ورود التقييد عليهما لاختصاصهما من أوّل الأمر بصورة وقوع البيع بالقول، وقضيّة ذلك عدم دلالتها على لزوم المعاطاة، ولعلّ الأوّل منهما هو الرّاجح، فتأمّل جيّداً.

التشكيك في انعقاد الإجماع ٣: ٥٧

٣٤/٨٥ **قوله: نعم، قول العلّامة في التذكرة.**

أقول: هذا توهين للإجماع البسيط لوجود الخلاف فيه، ولا يخفى أنّ دلالة هذا الكلام على وجود الخلاف في توقّف اللزوم على اللفظ مبنيّة على كون محلّ كلام العلّامة هو هذا، وليس كذلك؛ إذ قد تقدّم من المصنّف في تشخيص محلّ النزاع في المعاطاة أنّ مورد كلامه توقّف أصل الملك على اللفظ، ومن الواضح أنّ وجود الخلاف في هذا المقام لا يستلزم وجوده في مرحلة اللزوم بعد الفراغ عن عدم توقّف الملك على اللفظ، ومن هذا يظهر عدم الدلالة في عبارة المختلف أيضاً.

نعم عبارة التحرير تدلّ على وجود الخلاف في المسألة، ولكن قد سبق من المصنّف عند تعداد الأقوال في المعاطاة أنّ مراد العلّامة من هذه العبارة إفادة المعاطاة للإباحة المجرّدة، وعليه لا يبقى لها دلالة على وجود الخلاف في اللزوم بعد حصول الملك.

وبالجملة: لا يصحّ للمصنّف أن يتمسّك بهذه العبارات الثلاثة في إثبات وجود الخلاف هنا.

عدم كشف هذا الإجماع عن رأي المعصوم على فرض حصوله ٣: ٥٨

٣٥/٨٥ **قوله: ثمّ لو فرضنا الاتّفاق.**

أقول: هذا توهين آخر للإجماع بأنّ الإجماع الموجود على فرض

تسليمه والإغماض عن وجود الخلاف لا يفيد، والذي يفيد إنّما هو إجماعهم على عدم اللزوم على تقدير إفادتها للملك، وهو غير معلوم؛ إذ يمكن أن يختار اللزوم بعض الأكثر القائلين بعدم الملك أو كلّهم على تقدير إفادتها الملك.

هذا، مع أنّ تتبّع الأقوال طرّاً وتحصيل الإجماع على هذا المعنى مشكل جدّاً.

[● الملك اللازم]

القول بالملك اللازم قول ثالث ٣: ٥٨ـ٥٩

قوله: نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور: إنّ أصحابنا. ٣/٨٦

أقول: لا يخفى ما في الاستدلال؛ لأنّ الاتّفاق المذكور بعد ثبوته ـ كما هو الفرض ـ إن كان كاشفاً عن رأي الإمام بنحو من الأنحاء فهو في نفسه حجّة في المسألة، ولا حاجة إلى إرجاعه إلى الإجماع المركّب الذي لا يصلح الاستناد إليه لو لم يرجع إلى الإجماع البسيط، وإلّا ـ كما هو الظاهر من الإشكال عليه قبل هذا ـ فلا يكشف عنه الإجماع المركّب بطريق أولى؛ ولعلّه لأجل هذا أمر بالتأمّل.

قوله: وبالجملة فما ذكره في المسالك. ٥/٨٦

أقول: هذا إجمال ما ذكره سابقاً بقوله: «والأوّل أوفق بالقواعد» إلى هنا من الاستدلال على اللزوم بالوجوه الثمانية والإشكال عليه واستظهار الإجماع على عدم اللزوم، فلا تذهل.

قوله: بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ.

أقول: يعني مطلق اللفظ ولو لم ينشأ به التمليك.

ثم إنّ الظاهر أنّ الصواب «من لم يعتبر» بدل «من اعتبر» وإلّا لا يكون له ربط بالمقام، بل يكون منافياً للمرام وهو عدم وجود دليل على اعتبار اللفظ في اللزوم؛ فإنّه حينئذ يدلّ على وجود دليل حسن متين على اعتباره فيه، مع أنّه

يلزم بناء عليه تحقّق الإجماع عند الشهيد الثاني ﵀ على عدم اعتبار اللفظ مطلقاً فيه، وليس الأمر كذلك جزماً؛ إذ لو لم يكن إجماع على الاعتبار فليس إجماع على عدم الاعتبار قطعاً إلى غير ذلك ممّا يدلّ على غلطيّة هذه النسخة.

وكيف كان، يمكن أن يقال على المصنّف ﵀: إنّ كلام الشهيد الثاني الذي ذكره هنا غير مربوط بمسألة لزوم المعاطاة، وإنّما هو في مقام إفادتها للملك؛ وذلك لأنّ المحقّق ﵀ قال أوّلاً: «ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدلّ على إرادة البيع»، وقال في المسالك في شرح العبارة ما لفظه: هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً، غير أنّ ظاهر كلام المفيد ﵀ يدلّ على الاكتفاء في تحقّق البيع بما يدلّ على الرّضا به من المتعاقدين إذا عرفاه وتقابضاه، وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً لكن يشترط في الدال كونه لفظاً، وإطلاق كلام المفيد أعمّ منه، والنصوص المطلقة من الكتاب والسنّة الدالّة على حِلّ البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصّة تدلّ على ذلك؛ فإنّا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ مُعيّن، غير أنّ الوقوف على المشهور أجود، مع اعتضاده بأصالة بقاء ملك كلّ واحد بعوضه إلى أن يعلم الناقل.

فلو وقع الاتّفاق بينهما على البيع وعرف كلّ منهما رضا الآخر بما يصير إليه من العوض المعيّن الجامع شرائط البيع غير اللفظ المخصوص لم يفد اللزوم، لكن هل يفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض؛ نظراً إلى إذن كلّ منهما للآخر في التصرّف، أم يكون بيعاً فاسداً من حيث اختلال شرطه وهو الصيغة الخاصّة؟ المشهور الأوّل.

ثمّ بعد مقدار من ذلك عقَدَ لتنقيح المحلّ مباحث عشرة إلى أن ختم الكلام في شرح العبارة المذكورة للمحقّق، ثم شرع في شرح قول المحقّق ﵀ متّصلاً بالعبارة المذكورة: «سواء في ذلك الحقير والخطير» وقال ما لفظه: ردّ به

على بعض العامّة حيث اكتفى بالمعاطاة في المحقّرات. وأقامها فيه مقام البيع واختلفوا في تحديدها، فقال بعضهم: ما لم يبلغ نصاب السرقة، وأحالها آخرون على العرف كرطل خبز وغيره ممّا يعتاد فيه المعاطاة، وهو تحكّم، والذي اختاره متأخّرو الشافعيّة وجميع المالكيّة: انعقاد البيع بكلّ ما دلّ على التراضي وعدّه الناس بيعاً، وهو قريب من قول المفيد وشيخنا المتقدّم، وما أحسنه وأمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه. انتهى كلامه زيد في علوّ مقامه.

حيث إنّ الظاهر منه رحمه الله أنّه في مقام نقل القول بكفاية المعاطاة في إفادة الملك في المحقّرات في قبال القول بعدم كفايتها فيها في المحقّرات أيضاً، وأنّ مراده من الإجماع على الخلاف هو الإجماع على عدم كفايتها في إفادة الملك الذي ذكره في شرح العبارة الأُولى بقوله: «هذا هو المشهور بل كاد يكون إجماعاً».

ومن هنا يمكن أن يقال: إنّ نظره رحمه الله من نقل قول المفيد وبعض معاصريه هو نقل القول بإفادتها للملك قبال الإجماع المذكور.

[● أدلّة عدم لزوم المعاطاة ومناقشتها]

ما يدلّ على عدم لزوم المعاطاة ٣: ٥٩ ـ ٦٠

قوله قدس سره: إلّا أنّ المظنون قويّاً تحقّقه. ٦/٨٦

أقول: لكن لا اعتبار به لعدم دليل خاصّ يدلّ عليه وعدم تماميّة دليل الانسداد.

قوله: وقد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار. ٨ ـ ٧/٨٦

أقول: أي كفاية مطلق اللفظ في اللزوم، ولعلّ نظره في ذلك إلى الأخبار الواردة في شراء المصحف وبيعه، وفي بيع أطنان القصب ونحوهما ممّا اشتمل على ذكر الإيجاب والقبول كما في الثاني، أو خصوص لفظ القبول مع الاختلاف من حيث المضيّ والمضارع كما في الطائفة الأُولى.

ويمكن أن يكون نظره إلى قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» ولكن يأبى عنه التعبير عنه بقوله: «من غير واحد من الأخبار»، ولا يخفى أنّها كما تدلّ على اعتبار اللفظ في اللزوم كذلك تدلّ على اعتباره في حصول الملك، فما هو الجواب عنها بالنسبة إلى مرحلة الملكيّة ـ هو دعوى عدم دلالتها على اعتبار اللفظ في الملك وحصر سبب البيع فيه بل الوجه في ذكره صرف المثاليّة ـ فهو الجواب عنها بالنسبة إلى مرحلة اللزوم، وجهتا الملك واللزوم مشتركتان من حيث وجود المقتضي لهما وهو العمومات، وعدم المانع عن الأخذ به وهو المخصّص لها لفظياً كان أو لبيّاً، فلا وجه للتفرقة بينهما.

هذا، ولكن التحقيق: أنّه لا يدلّ على اعتبار اللفظ في الصحّة، ولكنّه يدلّ على اعتباره في اللزوم كما سيأتي وجه ذلك عند الكلام في الخبر المزبور، فانتظر.

٨/٨٦ **قوله رحمه الله: بل يظهر منها أنّ إيجاب البيع.**

أقول: قد ذكر الفاضل الممقاني في شرح هذه العبارة جملة من الأخبار بزعم ظهورها في المرام، فلا يخفى على من لاحظها عدم دلالتها على تعارف الإيجاب باللفظ، وعدم تعارف الإيجاب بالتعاطي بين التجّار وأهل السوق، ولو سلّم، فالظاهر أنّ غرض المصنّف رحمه الله من دعوى تعارف ذلك: هو انصراف أدلّة اللزوم إلى غير المعاطاة.

وفيه: أنّه إنّما يتمّ لو كان الإيجاب بالتعاطي غير متعارف، وهو ممنوع؛ ضرورة عدم الملازمة بين تعارف الإيجاب باللفظ وعدم تعارف الإيجاب بالتعاطي، كما هو واضح، بل مقتضى ما تقدّم منه في أواخر تحرير محلّ النزاع في المعاطاة، في مقام تخطئة من جعله في المقصود بها الإباحة، وما يأتي في التنبيه الأوّل من أنّ الغالب المتعارف هو المعاطاة، ولو سلّم فهو إنّما يجدي بالنسبة إلى ما عدا أصالة اللزوم، بمعنى استصحاب الملك، وهي كافية في

المسألة، بل الدعوى المذكورة في محلّ المنع بالنسبة إلى ما عدا الثلاثة الأخيرة من الأدلّة اللفظية فلاحظ وتأمّل، إلّا أن يكون غرضه من ذلك شيئاً[1] آخر وراء دعوى الانصراف، وعليه لابدّ من البيان كي ينظر فيه.

قوله: ولكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة. ٨/٨٦ـ٩

أقول: إن أراد من البيوع الخطيرة مثل الدار والدكان والضيعة والعقار فما ذكره من الدعوى مسلّم، ولكن يحتمل أن يكون الوجه فيه عدم إمكان التعاطي فيها مع البناء على لزوم العطاء من الطرفين؛ وإن أراد ما يعمّ لسائر نفائس الأموال كسلك اللؤلؤ والمرجان وغيرهما من الجواهر، ففيها منع واضح؛ إذ المشاهد من الناس أنّهم يكتفون فيها بالمعاطاة كما في غيرها ولا يلتزمون بلزوم الإنشاء القولي.

قوله: ولا يلتزمون بعدم جواز الرّجوع فيها. ١٠/٨٦

أقول: غرضه من ذلك دعوى السيرة على عدم اللزوم في معاطاة المحقّرات مع تعارفها فيها ودخولها في أدلّة اللزوم، ويمكن أن يقال عليه: ما قاله سابقاً من ابتنائها على قلّة المبالاة، فلا مخرج عن قاعدة اللزوم، فافهم.

قوله: بل ينكرون على الممتنع.

أقول: قال بعض الأفاضل ـ قدّست أسرارهم ـ: إنّ الغالب بل كلّ مورد من موارد إنكارهم ليس الإنكار فيه لأجل أنّهم لا يرون المعاطاة لازمة؛ وإنّما ذلك لأنّهم يرون ترك الإقالة لمن لم يوافق المال المنتقل إليه غرضه مستهجناً؛ ولذا قد ينكرون في صورة إيقاع العقد اللفظي أيضاً، كما أنّهم ينكرون على من يرد السلعة التي اشتراها ولو بالمعاطاة لا لأجل عدم موافقتها لغرضه، بل لمجرّد التشهّي وعدم الالتزام بالبيع، فتأمّل، فإنّ الأمر غير خالٍ عن الخفاء.

---

(١) في الأصل: شيء.

الاستدلال بحديث إنّما «يحلّل الكلام» على عدم الإباحة أو عدم اللزوم ٣: ٦٠

١٢/٨٦ **قوله: تارة على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرّف.**

أقول: والنظر في ذلك إلى الوجه الأول من الوجوه الأربعة الآتية في المتن، في معنى قوله: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»، وعلى هذا الوجه كما يدلّ على عدم إفادتها للإباحة المجرّدة عن الملك، كذلك يدلّ على عدم إفادتها للملك أيضاً.

وبعبارة أُخرىٰ: يدلّ على إفادتها المقصود منها الملك للإباحة بلا واسطة الملك كما هو ظاهر المشهور، وبواسطته كما قوّاه المصنّف تبعاً للمحقّق الثاني، ويدلّ على عدم إفادتها لها مع قصد الإباحة منها أيضاً، وليس النظر فيه إلى ما ذكره المصنّف بقوله في أواخر البحث عن معنى الخبر: «نعم يمكن استظهار...»؛ إذ بناءً عليه لا يدلّ على عدم إفادتها الإباحة المجرّدة كما ستعرفه فيما بعد، نعم يدلّ على عدم إفادتها للملك، وعليه يكون هذا حاكماً على أدلّة صحّة مطلق البيع وإفادته للملك؛ لأنّ مفادها أنّ البيع صحيح مؤثّر في الملك، ومفاده أنّه لا بيع بدون الكلام.

١٢/٨٦ **قوله: وأُخرى على عدم إفادتها اللزوم جمعاً بينه وبين ما دلّ على صحّة مطلق البيع.**

أقول: إن كان النظر في ذلك إلى الوجه الأوّل المقتضي لعدم حصول الملك بالمعاطاة كما يرشد إليه التعبير بالجمع المحتاج إلى التنافي لولا الجمع، ففيه: أنّه تبرّع صرف لا شاهد عليه.

وإن كان النظر إلى أنّ مفادها اعتبار اللفظ في اللزوم لا في أصل الصحّة ولو بلحاظ نظير ما ذكره بقوله: «نعم يمكن استظهار» وبقرينة قوله: «أليس إن شاء أخذ»؛ حيث إنّه عبارة أُخرى عن أنّه أليس مختاراً في الأخذ والترك بل كان ملزماً بالأخذ؟ فيكون معنى الجواب: أنّه لا بأس؛ لأنّه غير ملزم؛ لأنّ المحرّم في المورد منحصر بالملزم، والملزم مطلقاً، وفي جميع الموارد منحصر

بالكلام؛ وإذ لا كلام فلا ملزم فلا حرمة.

ففيه: أنّه بناء على هذا لا منافاة بينه وبين أدلّة صحّة مطلق البيع حتّى يحتاج إلى الجمع.

هذا، إذا لوحظ الخبر المذكور بالنسبة إلى أدلّة الصحّة، وأمّا إذا لوحظ بالنسبة إلى أدلّة اللزوم فالحال بينهما كما هو الحال بين أدلّة نفي الضرر والحرج، وبين أدلّة الأحكام؛ من تقديمها عليها لأجل الحكومة؛ إذ لولا أدلّة لزوم المعاملات لزم لغويّة اعتبار الكلام في لزوم المعاملة، كلغويّة أدلّة نفي الضرر والحرج لولا أدلّة الأحكام.

هذا بناء على أن يكون طرف النسبة والملاحظة جميع أدلّة لزوم المعاملات هنا، وجميع أدلّة جميع الأحكام هناك، أي: في دليلي نفي الحرج والضرر كما هو الظاهر من المصنّف في الأُصول، ولعلّه الحقّ؛ لما حقّقناه في محلّه.

وأمّا بناء على كون طرف النسبة كلّ واحد من أدلّة لزوم كلّ معاملة ـ كما إليه ينظر العلّامة الأُستاذ المولى المحقّق الخراساني في نفي حكومة دليلي نفي الحرج والضرر على أدلّة الأحكام، وإثبات أنّ وجه تقديم هذا على ذاك مع كون النسبة بينهما عموماً من وجه: هو التوفيق العرفي بالتقريب الذي ذكره في محلّه ـ فيقع التعارض بين هذا الخبر وبين أدلّة لزوم البيع بالعموم من وجه، فبعد التساقط من جهة فقد المرجّح بينهما يرجع إلى الأصل المفيد فائدة اللزوم.

لكن التحقيق هو الحكومة؛ لما ذكرناه في حواشينا على الكفاية، فلا بأس بالتمسّك بهذا الخبر في إثبات جواز المعاطاة وعدم لزومها وتخصيص أدلّة اللزوم به، ولكن بناء على عموم انحصار الملزم بالكلام لجميع المعاملات وعدم اختصاصه بخصوص المورد من بيع ما ليس عنده، والأمر كذلك لأنّ قوله عليه السلام: «إنّما يحرّم الكلام» على ما بيّنّاه كبرى لقياس صغراه

مطوية وهو قوله: «الحرام في مورد الرواية منحصر بالملزم» ولابدّ في الشكل الأوّل من كلّية الكبرى، فتأمّل جيداً.

١٣/٨٦ **قوله: في باب ما ليس عنده.**

أقول: ذكره وسائر الأخبار الواردة في هذا المضمون في الوسائل، في كتاب التجارة، في باب أنّه يجوز أن يبيع ما ليس عنده حالاً إذا كان يوجد، وباب أنّه يجوز أنّه يساوم على ما ليس عنده ويشتريه فيبيعه إياه بربح وغيره.

ولا يخفى أنّ هذه الأخبار على طائفتين: طائفة تدلّ على المنع، وطائفة أُخرى تدلّ على الجواز، والكلام في الجمع بينهما يأتي إن شاء الله في الفضولي، في مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه.

١٤/٨٦ **قوله: عن خالد بن الحجّاج أو ابن نجيح.**

أقول: منشأ الترديد اختلاف النسخ الصحيحة من الكافي على ما قيل. وعن العلّامة رحمه الله في إيضاح الاشتباه: «خالد بن نجيح» بالنون المفتوحة والجيم والحاء المهملة أخيراً، وعن المجلسي رحمه الله في حواشي الكافي: أنّ «خالد بن نجيح» مجهول.

الوجه الأول ٣: ٦١

١٧/٨٦ **قوله قدس سره: الأوّل أن يراد من الكلام.**

أقول: يعني أن يراد منه في الفقرتين إنشاء المقصود من الحلّية والحرمة باللفظ الدالّ عليهما، وعلى هذا لابدّ وأن يكون المراد من الكلام في إحداهما غيره في الأُخرىٰ، وإلّا فإن كان مع وحدة المراد من حيث الوجود والعدم ومن حيث المورد والمحلّ أيضاً، يلزم كون الشيء الواحد مقتضياً للمتضادّين أو المتناقضين.

وإن كان مع الاختلاف في المورد، أو من حيث الوجود والعدم فيرجع هذا إلى الوجه الثالث، فيلزم تثليث الوجوه لا تربيعها.

هذا، مع أنّ المنساق من العبارة: أنّ ما هو حرام في حدّ نفسه قبل الكلام

يصير حلالاً بالكلام، وما هو حلال كذلك يصير حراماً، ولازم ذلك أن يكون مورد التحليل غير مورد التحريم، فيصير المعنى: أنّ ما كان حراماً ينحصر سبب حلّيته بسنخ من الكلام، وما كان حلالاً في نفسه ينحصر سلب حرمته بسنخ آخر منه.

الوجه الثاني ٣: ٦١

قوله: الثاني: أن يراد من الكلام. ١٨/٨٦

أقول: بناء على هذا الوجه يكون مورد التحليل والتحريم شيئاً واحداً، لكن مع كون المراد من التحريم هنا: صرف عدم ترتّب الأثر المقصود، وبقاء الشيء بعد الكلام على ما كان عليه قبله من الحرمة والحلّية، بمعنى جواز التصرّف وعدم جوازه كما لا يخفى على الناظر في قوله: «فيما عدا الأمر الأخير موجب لتحريمه»؛ حيث إنّ التحريم فيه ليس إلّا ما كان قبل الكلام، لا ترتّب أثر الحرمة بمعنى طروّ الحرمة بسبب الكلام وحدوثه كما في الوجه الأوّل، فلا يلزم ما مرّ في الوجه الأوّل ـ بناء على وحدة المورد ـ من محذور الاستحالة كما لا يخفى؛ لكون المراد من الكلام في الجملتين مختلفاً هنا كما في الوجه الأوّل على ما هو صريح المتن، مع أنّه على تقدير وحدة المراد منه فيهما يلزم التناقض، ولكن لا من الجهة المتقدّمة في الأوّل، بل من جهة لزوم كون الشيء الواحد مقتضياً لحكم وغير مقتضٍ له.

ثمّ إنّه قد يتوهّم أنّ مقتضى المقابلة بين هذا الوجه والوجه الأوّل: أن يكون مقصود المصنّف من اللفظ في الوجه الأوّل مجرّد الصوت والنطق، وهذا ممّا لا ينبغي صدوره عن الجاهل فضلاً عمّن هو إمام التحقيق وعلم التدقيق، لكنّه توهّم فاسد نشأ من قلّة التدبّر من كلامه؛ حيث إنّ مراده في الوجه الثاني أن يراد من الكلام هو بلحاظ مضمونه الخاصّ في مقابل الكلام الخاصّ الآخر المغاير له في المضمون مع اتّحادهما في إفادة المطلب، وفي الأوّل أن يراد به صرف الكلام المفيد للمطلب بأيّ مضمون كان، فالفرق بين الكلامين في الوجه

الأوّل بمجرّد إفادة التحريم في أحدهما والتحليل في الآخر.

وإن شئت قلت: إنّ ما به الامتياز بين الكلامين في الوجه الأوّل صرف جهة إفادة التحريم في أحدهما، وإفادة التحليل في الآخر مطلقاً بأيّ مضمون حصلت تلك الإفادة، وما به الاشتراك هو جهة الكلاميّة.

وأمّا الوجه الثاني، فما به الامتياز بينهما هو جهة اختلاف المضامين، وما به الاشتراك هو جهة إفادة المطلب الواحد من الحلّ والحرمة بعد اشتراكهما في جهة الكلاميّة أيضاً.

وبالجملة: المراد من الكلام في الأوّل النوع العالي من جنس الكلام، وفي الثاني نوع ذاك النوع، فالفرق فيهما كالفرق بين الجسم المطلق والجسم النامي بالقياس إلى الجوهر، فلاحظ وتأمّل.

٢٣/٨٦ **قوله: الثالث: أن يراد بالكلام.** — **الوجه الثالث ٣: ٦٣**

أقول: هذا مع كون موردي التحليل والتحريم متّحدين، وكون التحريم وضعيّاً بمعنى عدم ترتّب الأثر، وبقاء المحلّ على ما كان عليه قبل الكلام من الحرمة مثل الوجه السابق، لا بمعنى ترتّب الحرمة على الكلام كما في الوجه الأوّل لو كان الاختلاف بين الفقرتين بكون المراد من الكلام في إحداهما وجوده، وفي الأُخرى عدمه، وكذا مع اختلاف المورد والمحلّ لو كان المراد منه فيهما هو من حيث الوجود.

فإن قلت: التفكيك بين الكلامين في مورد الرواية، وهو البيع بالوجود والعدم مع وحدة المراد من الكلام في الفقرتين، لا يستقيم إلّا بالإرجاع إلى الفرق بحسب المحلّ، وعليه لا مجال لعطفه عليه بـ«أو»؛ ضرورة لزوم كون اللفظ الواحد ـ وهو الإيجاب بلفظ «بعت» مثلاً ـ مؤثراً وغير مؤثّر، محلّلاً وغير محلّل، وهو تناقض صرف.

قلت: المراد من الكلام المتوارد عليه الوجود تارة والعدم أُخرى: هو

الإيجاب المقيّد بكونه قبل الشراء، أو المقيّد بخصوص كونه بعده لا مطلقاً، وعلى الأوّل يكون الوجود محرّماً والعدم محلّلاً، وعلى الثاني بالعكس.

وأمّا بناء على التفكيك بحسب المحلّ، فالمراد من الكلام في الفقرتين هو وجود صرف الإيجاب، والاختلاف إنّما هو باختلاف المحلّ. وإن شئت قلت: إنّ المراد من الكلام في الفقرة الأُولى هو الإيجاب المقيّد بكونه بعد الشراء، وفي الثانية هو الإيجاب المقيّد بكونه قبله، فكم فرق بين الأمرين.

فإن قلت: بناء على الفرق بالوجود والعدم يشكل بأنّه إن أُريد من الكلام الإيجاب المقيّد بكونه قبل الشراء فلابد أن يراد منه في الأوّل عدمه، وفي الثاني وجوده، ولا يمكن إرادة العكس؛ لأنّ وجود هذا النحو من الكلام محرّم لا محلّل، فلزم أن يكون عدم الكلام المذكور محلّلاً وموجباً للنقل والانتقال وليس كذلك؛ ضرورة أنّ الحلّية بالمعنى المذكور مستندة إلى وجود الكلام الخاصّ الآخر، وهو الإيجاب المقيّد بكونه بعد الشراء، لا إلى عدم الكلام المذكور، بل هو محرّم بمعنى عدم ترتّب الأثر وبقاء الشيء على ما كان عليه قبله وهو الحرمة، فيكون كلّ من الوجود والعدم محرّماً.

قلت: نسبة المحلّليّة إلى العدم والمحرّمية إلى الوجود ـ بناء على إرادة هذا الشقّ ـ إنّما هو باعتبار لازمه بحسب بناء المتعاملين وهو وجود الكلام الآخر، أعني البيع بعد الشراء وعدمه؛ إذ على فرض عدم الإيجاب قبل الشراء يلزم الإيجاب بعده لبنائهما على المبايعة وهو محلّل، وعلى فرض وجوده قبله يلزم عدم الإيجاب بعده بحسب بنائهما على تحقّق البيع بذلك، فلا يوقعونه ثانياً، وعدمه محرّم بمعنى عدم ترتّب الأثر.

وبالجملة: نسبة التحليل إلى العدم والتحريم إلى الوجود بناء على هذا الشق إنّما هو من قبيل إسناد ما ينبغي أن يسند (إلى اللازم إلى الملزوم)[1]، ومن

---

(١) كذا في الأصل.

هنا علم كيفيّة إرادة الوجود والعدم بالنسبة إلى كلام واحد في روايات المزارعة؛ فإنّ تسمية البذر والبقر محرّم من جهة ملازمتها لعدم شرط آخر من قوله: «والثلثان لي»، وعدمها محلّل، فكأنّه هو المحلّل، وكذلك الكلام في الوجه الرابع؛ فإنّ المقاولة تحلّل من جهة سببيّتها لمجيء المحلّل، وهو الإيجاب بعد الشراء، والإيجاب قبله يحرّم من جهة سببيّتها لعدمه بعده.

ثم إنّه قد يزاد على شقّي هذا الوجه الثالث شقّ آخر، وهو أن يكون اختلاف تحليل الكلام الواحد المعيّن وتحريمه باعتبار المتعلّق من الأموال والأشخاص، كالعقد البيعي المركّب من الإيجاب والقبول مثلاً؛ فإنّه يحلّل الثمن على البائع لإدخاله في ملكه، ويحرّمه على المشتري لإخراجه عن ملكه، وفي المثمن بالعكس.

وعلى هذا يكون التحريم بمعنى ترتّب الأثر، ويكون كلّ من الفقرتين ملازمة للأُخرى، ولعلّه بملاحظة ذلك اقتصر في روايات المزارعة بخصوص قوله: «إنّما يحرّم الكلام»؛ إذ بناء على الملازمة المذكورة يجوز الاكتفاء بذكر أحد طرفي الملازمة عن ذكر الآخر، فتفطّن.

٢١/٨٦ **قوله: وعلى هذا المعنى ورد قوله عليه السلام في عدّة روايات المزارعة.** — الوجه الثاني ٣: ٦١ـ٦٢

أقول: بأن يكون تملّك العامل المزارع الثلثين من حاصل الأرض مقصوداً واحداً يؤدّى بمضمونين، أحدهما: قول المزارع لصاحب الأرض: لك ثلث. والآخر: قول صاحب الأرض للزارع: للبذر ثلث وللبقر ثلث. فإنّ المقصود منهما كون الثلثين للزارع، والثلث لصاحب الأرض ويؤدّي بهما، لكن مفهومهما مختلف، فتدبّر.

٢٩/٨٦ **قوله: لا تحرّم هذه المعاملة إلّا وجودها قبل.** — تعيّن الوجه الثالث أو الرابع ٣: ٦٤

أقول: بالتقريب الذي ذكرناه من ملازمته لعدم الإيجاب بعد الشراء، وكذا لا يحرّم إلّا عدمه من جهة ملازمته لوجوده بعده.

الوجـه الرابـع
٣: ٦٣

٢٥/٨٦

قوله: الرابع: أن يراد من الكلام.

أقول: يعني مع اتّحاد الموردين كما صرّح به بعد ذلك بقوله: «أو المعنى الرابع وهو»، فيكون الفرق بينه وبين الثاني من شقّي الاحتمال الثالث بالتعاكس؛ إذ المراد من «الكلام» هنا في إحدى الفقرتين غيره في الأُخرى، ولكن المورد فيهما متّحد، وامّا هناك فالمراد منه فيهما شيء واحد لكن مع تعدّد المورد والمحلّ.

هذا، مع أنّ «اللام» في «الكلام» على هذا للعهد الخارجي، بخلاف باقي الوجوه فإنّها فيه عليها للجنس، وقد اقتصر المحقّق القمّي ـ قدّس سرّه الشريف ـ في بيان محتملات الرواية على الوجه الثالث وهذا الوجه. قال رحمه الله ـ في أجوبة مسائله، في كتاب التجارة، في مسألة الفضولي بعد ستّة أوراق أو أزيد، في ذيل التكلّم في مسألة من باع ثمّ ملك بالشراء بعد نقل الرواية ـ: والمراد من الكلام عقد البيع، فإنّه يحلّل نفياً ويحرّم إثباتاً، أو يحلّل ثانياً ويحرّم أوّلاً، أو المراد أنّ الكلام الذي جرى بينهما قد يحلّل وقد يحرّم بحسب اختلافه، فإن كان بطريق الالتزام حرمت المعاملة بذلك، وإن كان بطريق المراضاة من دون إلزام، وإنّما يحصل الإلزام بعد شراء البائع بعقد مستأنف كانت حلالاً. انتهىٰ.

فإنّه قدس سره أراد بالأوّل الإشارة إلى الوجه الثالث بكلا تقريبيه[1] من الاختلاف بين الكلامين بالوجود والعدم مع اتّحاد المحلّ، أو بالعكس.

وكيف كان، فهذا الوجه وإن كان يحتمل أيضاً في الفقرة المذكورة، مع قطع النظر عن صدر الرواية على ما هو محطّ الكلام فعلاً، ولكنّه بعيد جدّاً، نعم لا بأس به مع ملاحظة صدرها، لكنّه منافٍ لكونه بمنزلة التعليل والكبرى المعتبر فيها الكلّية المنافية لكون «اللام» للعهد.

---

(١) في الأصل: تقريبه.

المناقشة في الوجه الأول ٣: ٦٣

٢٦/٨٦ **قوله: مع لزوم تخصيص الأكثر.**

أقول: لكثرة أسباب صيرورة الحلال حراماً والحرام حلالاً، مثل غليان العصير العنبي، وانقلاب الخمر إلى الخلّ، والجلل والوطي في الحيوان المأكول اللحم، واستبراء الحيوان الجلّال بالمقدار المعيّن المختلف باختلاف الحيوانات، والدّخول في الأُمّ بالقياس إلى تزويج البنت، وإيقاب الغلام بالقياس إلى تزويج بنته وأُخته، وخلط الحرام وتخميس المختلط، وتنجيس الطاهر وتطهير المتنجّس، وإهداء الهدية والتحف، وتقديم الطعام للضيف... إلى غير ذلك ممّا لا يحيطه نطاق الحصر.

٢٧/٨٦ **قوله: ولا دخل لاشتراط.**

أقول: قد يقال بأنّ مدخليّته فيه، بلحاظ مدخليّة الكلام في تحقّق البيع المحقّق لعنوان «بيع ما ليس عنده» المحرّم، هو بلحاظ حصر المحرّم في الكلام المقتضي لعدم محرّمية غيره كالأفعال، الموجب لعدم تحقّق هذا العنوان، فكأنّ الإمام عليه السلام أراد بقوله: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك»: أنّه ألم توجب البيع، ولم توجد الصيغة المحقّقة للبيع؟ قال السائل: بلى، لم أقرأ الصيغة حين المجيء، ولم يحصل البيع حتّى يكون بيع ما ليس عنده، قال عليه السلام: لا بأس بذلك؛ لأنّ المحرّم في المقام منحصر في تحقّق العنوان المذكور، وموجده منحصر في الكلام وصيغة البيع وهو منتف بالفرض، فينتفي العنوان فينتفي المحرّم.

ولا يخفى أنّ هذا التقريب راجع إلى الوجه الثالث من حيث لا يشعر؛ لوضوح أنّ المراد من «الكلام» في الفقرتين حينئذٍ هو الشيء الواحد، أعني: الصيغة القوليّة، والاختلاف إنّما هو بلحاظ المحلّ والزمان، يعني: أنّ الصيغة البيعيّة إن وقعت قبل الشراء فتحرّم وإن وقعت بعده فتحلّل.

وبالجملة: لا مدخليّة لاشتراط النطق في التحريم في الحكم المذكور إلّا

بعد إرجاع الوجه الأول إلى الثالث أو الرابع بضميمة ما ذكره فيما بعد بقوله: «نعم يمكن استظهار...» وهو خلف؛ إذ فرض الكلام هنا في الوجه الأوّل، وأمّا عدم مدخليّة اشتراط النطق في التحليل فيه فواضح؛ حيث إنّ الجواز ليس ممّا ينشأ من النطق بالكلام.

المناقشة في الوجه الثاني ٣: ٦٣

قوله: وكذا المعنى الثاني؛ إذ ليس هنا مطلب واحد حتّى يكون. ٢٨/٨٦

أقول: في العبارة مسامحة، والمراد أنه ليس هنا مطلب واحد يؤدّى بأكثر من مضمون واحد حتّى يكون... إلى آخره.

وكيف كان، لا فرق في ذلك بين تنزيل مورد السؤال في الرواية على ما نزّلوه عليه: من بيع ما يريده الغير ويستدعيه فيجوز بعد الشراء ولا يجوز قبله، وبين ما قيل: من تنزيله على السؤال عن صحّة العمل على طبق استدعاء الرّجل وحلّية أخذ الرّبح منه؛ لاحتمال السائل عدم حلّية الرّبح بعد أن كان الشراء باستدعاء الرجل، بل يجب تسليمه إلى المستدعى بدون أن يأخذ منه الرّبح.

فأجاب عليه السلام بقوله: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك» وكأنّه استفهام تقريريّ، يعني: أنّ قول الرجل المستدعي: اشتر لي هذا الثوب وأُربحك كذا على ما ذكرته في السؤال، ظاهر في عدم التوكيل بحيث يكون الشراء من صاحب الثوب واقعاً لذاك الرّجل؛ فإنّه لو كان توكيلاً لم يكن معنى لقوله: «أُربحك»، فمقتضى كلامه أنّ الشراء واقع لنفس المخاطب، أي الواسطة بين مالك الثوب والرّجل المستدعى منه، وأنّ المستدعى ليس ملتزماً بالمقاولة الواقعة بينهما؛ حيث إنّ قوله المذكور ليس توكيلاً، فله الخيار في أخذه ببيع مُستقلّ وتركه على ملك الواسطة.

فحاصل كلام الإمام عليه السلام: أنّه بعدما كانت المعاملة بين الواسطة والمالك لنفس الواسطة لا للمستدعي، صحّ بيعه من المستدعي وأخذ الرّبح، هذا

بخلاف ما إذا أتى بعبارة الوكالة وقال لك: اشتر وكالةً عنّي هذا الثوب؛ إذ حينئذٍ لم يكن له الخيار في الأخذ والترك بمقتضى توكيله ولزوم فعل الوكيل على الموكّل، فلا يجوز للواسطة أخذ الربح من المستدعي لوقوع المعاملة له من أوّل الأمر، فيكون المراد من الجواب: أنّ المناط في حلّ الاسترباح وحرمته هو الكلام، فإن تكلّم بمثل الكلام الأوّل المفروض في السؤال كان ذلك محلّلاً للرّبح، بمعنى عدم وجود المحرّم له لاقتضائه وقوع المعاملة للواسطة، فيكون الاسترباح بماله ولا بأس به، وإن كان بمثل الكلام الثاني كان محرّماً له: لأنّه استرباح من الغير بمال ذاك الغير، وهو غير جائز.

والوجه في عدم إرادة المعنى الثاني، أمّا على التنزيل على الأوّل فواضح، وأمّا على التنزيل على الثاني فلأنّ التوكيل مطلب واحد يؤدّى بإحدى العبارتين دون الأُخرى، لا أنّه يؤدّى بهما معاً ولكن مفادهما مختلف، فيكون الحال على هذا كما في الوجه الرابع، بل في الوجه الثالث على التنزيل الثاني.

تعيّن الوجه الثالث أو الرابع ٣: ٦٤

٨٦/٣١-٣٢ **قوله: وعلى كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة.**

أقول: أمّا على الأول منهما فلأنّ مفاده بناء عليه: أنّ المحلّل في هذه المعاملة الخاصّة منحصر بعدم الكلام البيعي الإنشائي، والمحرّم فيها منحصر بوجوده، وأين هذا من اعتبار الكلام وعدم كفاية غيره، ومنه المعاطاة في جميع الموارد حتى في بيع الإنسان ماله وما عنده؟

وأمّا على الثاني فلأنّ مفاده بناء عليه: أنّ المحلّل في هذه المفروضة في السؤال منحصر في المقاولة والمراوضة، والمحرّم منحصر بالكلام الإنشائي، وهذا أيضاً أجنبيّ عن عدم كفاية المعاطاة في البيع وعدم تأثيرها فيه.

استظهار اعتبار اللفظ من هذا الحديث بوجه آخر ٣: ٦٤

٨٦/٣٢ **قوله: نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر.**

أقول: يعني «بوجه آخر» غير الوجه الأوّل مرّ استلزامه لكثرة التخصيص وعدم ارتباط الجواب بالسؤال.

وحاصل هذا الوجه الآخر: أنّا إمّا نختار المعنى الثالث، وكون المراد من الكلام في الفقرتين هو إيجاب البيع وإنشاؤه، ويكون المراد تحريمه باعتبار وجوده وتحليله باعتبار عدمه، فيكون محصّل المعنى بناء عليه: إنّما يحرّم وجود الإيجاب ويحلّل عدمه؛ هذا بناء على كون مرادهﷺ من الكلام في قوله: «بعدما عرفت أنّ المراد من الكلام» هو الكلام في كلتا فقرتي الحديث كما يمكن دعوى ظهوره فيه.

وإمّا نختار المعنى الرابع بناء على كون المراد منه فيه هو الكلام في خصوص الفقرة الثانية، ونقول: إنّ الإيجاب المحرّم لا يخلو إمّا أن يعتبر في تحقّقه اللفظ والكلام، وإمّا لا، بل يكفي فيه الفعل والتعاطي، ولا سبيل إلى الثاني لعدم صحّة حصر المحرّم في الكلام حينئذٍ؛ ضرورة تحقّقه وهو إيجاب البيع المحقّق لعنوان بيع ما ليس عنده بدون الكلام أيضاً حسب الفرض، فتعيّن الأوّل، ولازمه عدم كفاية التعاطي في مقام إيجاب البيع، وهو المطلوب.

قوله: إلّا أن يقال. ٣٤/٨٦

أقول: أو يقال: إنّ الحصر غالبيّ؛ لغلبة وقوع الإيجاب بالكلام في فرض السؤال من عدم كون المتاع للواسطة، فتأمّل.

أو يقال: إنّ الحصر إضافي، وإنّما الغرض حصر المحرّم في الإيجاب الكلامي في مقابل عدمه على الوجه الثالث، وفي مقابل المقاولة والمراوضة على الوجه الرابع، لا في مقابل الإيجاب الفعلي.

أو يقال: إنّ الحصر حقيقيّ، ولكنّه لا يدلّ على بطلان المعاطاة إلّا بعد إثبات كون المعاطاة لازماً عند العرف؛ إذ الظاهر من قولهعليه السلام: «أليس إن شاء أخذ...» أنّه ليس ملزماً بالأخذ وغير قادر على ترك الثوب ورفع اليد عنه بحسب أنظار أهل العرف، والظاهر من قوله: «بلى» أنّه ليس بملزم به بل قادر

على الترك، ومقتضى ذلك أن يكون المراد من قوله عليه السلام: «لا بأس إنّما يحرّم الكلام...» أنّه لا مانع من تلك المعاملة؛ لأنّ المحرّم منحصر بالملزم وهو منحصر بالكلام، ومن المعلوم أنّ هذا المقدار لا يدلّ على بطلان المعاطاة ومحرّميتها إلّا بعد إثبات اللزوم فيها عرفاً، وهو ممنوع؛ إذ لعلّها عندهم غير لازمة، ولا بعد فيه، فتدبّر.

نعم، يدلّ به على عدم لزوم المعاطاة كما أشرنا إليه آنفاً.

٣٥/٨٦ **قوله: فتأمّل.**

أقول: لعلّه إشارة إلى الوجه الأخير ممّا ذكرناه في إبطال الاستظهار، أو إلى ما ذكره بعض المحشّين من إمكان المعاطاة في مورد الرواية أيضاً، إلّا لكون المبيع عند البائع في المورد كما يرشد إليه قوله: «هذا الثوب»، وربّما يتّفق ذلك عند الدّلال، وإمّا لكفاية الإعطاء والقبض من طرف واحد في تحقّق المعاطاة مع تعميمه لطرف الثمن أيضاً، على إشكال في هذا التعميم، كما يأتي وجهه في التنبيه الثاني.

[● ما يستشعر منه اعتبار اللفظ في البيع]

روايات أُخرى تشعر باعتبار اللفظ في البيع ٣: ٦٤ـ٦٥

قوله: وكيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور.

أقول: يعني إشعارها أو ظهورها في اعتبار الكلام أو اللفظ في تحقّق البيع بملاحظة الاستظهار المذكور، وقد مرّ الكلام في إبطاله في ذيل التكلّم في شرح قوله: «إلّا أن يقال...» فلا دلالة على المطلوب.

قوله عليه السلام في رواية ابن الحجّاج: «قبل أن تستوجبها أو تشتريها».

أقول: لعلّ الفرق بينهما ـ بناء على كون الترديد من الإمام عليه السلام لا من الراوي ـ أنّ المراد من الأوّل هو مطلق التملّك ولو بغير الشراء، ومن الثاني خصوص التملّك بالشراء، فيكون من عطف الخاصّ على العامّ.

١/٨٧ـ٢ **قوله: فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجبة البيع ليس مجرّد.**

أقول: في العبارة مسامحة، والصواب أن يقول: ليس ما يعمّ مجرّد اعطاء العين للمشتري.

وعلى أيّ تقدير إن كان منشأ ما ادّعاه من الظهور ما ذكره سابقاً: من عدم إمكان الإيجاب بالمعاطاة في خصوص المورد بتوهّم أنّ المبيع فيه كان عند مالكه الأوّل، فقد مرّ الجواب عنه في بيان وجه التأمّل في السابق، وإن كان أمراً آخر مثل مادّة الاستيجاب مثلاً بأن يدّعى ظهورها في الاستيجاب القولي بالوضع أو الغلبة، ففيه تأمّل.

وأمّا رواية العلاء، فلا إشعار فيها أيضاً بالمطلب؛ لأنّ المراد أنّ هذه ليست بيعاً، بل مقاولة في تعيين الرّبح قبل البيع بالنحو المذكور فيها، وإنّما يتحقّق البيع إذا جمع البيع، أي عزم على البيع وإنشائه، وحينئذٍ يجعله ـ أي رأس المال والربح ـ جملة واحدة ويسلّميها، وهذا المقدار لا إشعار فيه بأنّ إيجاب البيع لا يتحقّق بالفعل، بل لابدّ فيه من اللفظ، وليس في جعله جملة واحدة أيضاً دلالة على ذلك؛ لإمكان حصوله بالفعل أيضاً بأن يجمع الثمن مع الرّبح ويعطي المجموع في مقابل المبيع.

ولو كان نظره في مورد الإشعار في هذه الرواية إلى مفهوم قوله: «لا بأس به» إنّما هذه المراوضة؛ حيث إنّه يستفاد منه أنّه لو كان بيعاً ولم يكن مراوضة صرفة ففيه بأس، لأمكن أن يناقش فيه: بأنّه لا يشعر بعدم حصول البأس فيه لو أمكن تحقّق ذلك النحو من البيع بالتعاطي، غاية الأمر لا يمكن إنشاء المعنى المذكور في السؤال وأداؤه بغير اللفظ، وهو غير عدم إفادة غير اللفظ فائدة اللفظ، وهذا الثاني هو المقصود بالبحث.

[● تنبيهات المعاطاة]

[الأول: المعاطاة والبيع]

هل المعاطاة بيع حقيقة أم لا ؟ ٣ : ٦٦

٧/٨٧ **قوله: فنفي البيع عنها.**

أقول: هذا من إضافة الصفة إلى الموصوف، يعني فالبيع المنفيّ عنها في كلماتهم هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادة على الملك. وأمّا شرح العبارة فقد مرّ في السابق، ومرّ أنّ إيراد العلّامة الأُستاذ المولى الآخوند الخراساني ﵀ عليها لم يقع في محلّه، فراجع.

حكم الشكّ في اعتبار شرط في المعاطاة ٣: ٦٧

١٠/٨٧ **قوله: وحيث إنّ المناسب لهذا القول.**

أقول: ما ذكره هنا: من الرّجوع إلى قاعدة السلطنة في نفي شرطيّة اللفظ وسائر ما يشكّ في شرطيّته في الإباحة منافٍ لما ذكره سابقاً. من أنّ حديث السلطنة لا نظر له إلى التسلّط من حيث الأسباب؛ لأنّ المعاوضة من الأُمور التسبيبيّة المحتاجة إلى السبب، فمع التمسّك في مشروعيتها بقاعدة السلطنة يكون مقتضى قاعدة أصالة عدم تحقّق تلك الإباحة، إلّا في المقدار المتيقّن مثل التمسّك فيها بالسيرة، هو اعتبار كلّ ما يشكّ في شرطيته، نعم لو تمسّك فيها بعموم آية الوفاء بالعقود، كان مقتضى القاعدة ـ أي أصالة العموم ـ هو العكس.

هل يعتبر في المعاطاة شروط البيع أو لا؟ ٣: ٦٨ ـ ٦٩

١٣/٨٧ **قوله: ويشهد للأول كونها بيعاً عرفاً فيشترط فيها.**

أقول: فيه: أنّه نعم وإن كانت بيعاً عرفاً وكان مورد أدلّة اعتبار الشروط في البيع هو البيع العرفي، إلّا أنّ مجرّد ذلك لا يكفي في اعتبار شروط البيع في المعاطاة على القول بالإباحة، بل لابدّ فيه من كون مفاد تلك الأدلّة اعتبار تلك الشروط في ترتّب مطلق الأثر على البيع المشروط بها وان كان الأثر المترتّب عليه هو الإباحة، والأمر ليس كذلك؛ حيث إنّ مفادها اعتبارها في البيع في مقام ترتّب الأثر المقصود منه عليه وهو الملك، وعلى هذا يكون تلك الأدلّة

ساكتة على الدلالة على اعتبارها في البيع بالنسبة إلى ترتّب الأثر الغير المقصود عليه، فاعتبار شرائط البيع فيها على هذا القول ـ كما يظهر منه في بيان وجه تقوية هذا الوجه بقوله: «والاحتمال الأوّل لا يخلو عن قوّة» ـ إنّما هو من جهة لزوم الاقتصار على القدر المتيقّن في مخالفة أصالة عدم ترتّب الإباحة عليها أيضاً، وهو ما يكون واجداً لتمام ما يعتبر في صحّة البيع.

قوله: فيما حكم فيه باللزوم. ١٧/٨٧

أقول: يعني في البيع الصحيح المفيد للملك الذي من جملة أوصافه المعروفة أنّه حكم فيه شرعاً باللزوم وثبوت الخيار في قولهم «البيّعان بالخيار».

قوله: أمّا على القول بالإباحة فواضح. ١٨/٨٧

أقول: في العبارة قصور لابدّ أن يذكر قبل ذلك، مثل قوله: والمعاطاة ليست كذلك، أي ممّا حكم فيه باللزوم بعد الافتراق؛ لأنّها جائزة مطلقاً إلى زمان التلف.

قوله: بيان ذلك. ٢٠/٨٧

أقول: يعني بيان أنّ المراد من البيع في كلام المتشرّعة ومعقد إجماعهم على نفي البيع عن المعاطاة: هو البيع الصحيح المحكوم عليه شرعاً باللزوم والخيار.

قوله: وبالجملة: فلا يبقى للمتأمّل شكّ. ٢١/٨٧

أقول: ما ذكره هنا من الجزم بانصراف النصّ والفتوى إلى البيع اللازم منافٍ لما سيأتي ذكره بعد سطر في وجه تفصيل آخر في أصل المسألة بين الشرائط بقوله: «ويمكن الفرق...» من تسليم الإطلاق، وعدم الانصراف في النصوص، ودعوى الانصراف في الفتاوى؛ ومناف أيضاً لتقوية الوجه الأوّل فيما بعد بقوله: «والأقوى اعتبارها...»؛ لابتنائها على عدم الانصراف في النصّ

والفتوى معاً أو في خصوص الأوّل؛ ومنافٍ أيضاً لما ذكره بعد نقل كلام الشهيد‍‌‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍‌‌‍ﷺ: من أنّ مورد الأدلّة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع المعاطاتي العرفي لندرة البيع العقدي اللفظي، فإنّه مع دلالته على منع الانصراف يستفاد منه عدم إمكان دعوى الانصراف، والأمر كذلك؛ إذ لا منشأ للانصراف إلى البيع اللازم إلّا الأكمليّة، وهي لا تكون سبباً للانصراف، والموجب له إنّما غلبة الاستعمال أو غلبة الوجود، وكلاهما موجود في المعاطاة، فينبغي الانصراف إليها.

مختار المؤلف ٣: ٧٠

٢٥/٨٧ **قوله: لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك.**

أقول: المناسب أن يقول: أمّا على القول بالملك فلكونها بيعاً.

نفي الشهيد اعتبار بعض الشروط في المعاطاة ٣: ٧٠

٢٦/٨٧ **قوله: ثمّ إنّه حكي عن الشهيد‌رحمه‌الله.**

أقول: كان المناسب أن يذكر ذلك في ذيل الوجه الثالث قبل تقوية الوجه الأوّل؛ لأجل الإشارة إلى استفادة الوجه الثالث من كلام الشهيد‌رحمه‌الله.

وكيف كان فيمكن الخدشة في المنع عمّا ذكره؛ إذ لا شبهة في جواز أداء الدين بمال الغير إذا كان مأذوناً فيه، بل التبرّع به ولو مع منع المديون عنه؛ فضلاً عن صورة إذنه فيه ورضاه به، وكذا لا شبهة في جواز أداء المكلّف ما وجب عليه من الخمس والزكاة بماله الآخر غير ما تعلّقا به، وبعد ذلك لا مانع من جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة على القول بالإباحة المجرّدة عن الملك، سواء كانا ديناً في ذمّة المكلّف لتلف ما تعلّقا به من العين، أم لا لعدم تلفه، إلّا توهّم فوت قصد القربة.

وهو كما ترى؛ إذ لا مانع من قصدها مع عدم اعتبار كونها من مال نفس المكلّف إلّا حرمة التصرّف في مال الغير، والمفروض هنا عدم حرمته، فبدفعه إلى المستحقّ يقصد القربة.

وبالجملة: لا يعتبر في قصد القربة في إتيان المأمور إلّا صدور فعل جائز

مباح في الشرع من المكلّف؛ لأجل الامتثال وإسقاط أمر المولى، لا لأجل التشهي النفسي وهو موجود في الفرض، ومن هنا يصحّ القول بالاجتزاء فيما لو تبرّع متبرّع بهما لو كان المكلّف يطلب منه ذلك ويستدعيه، مع كون الداعي إلى طلبه إطاعة أمر الخمس والزكاة وقصد القربة من طلبه، نعم لا يجتزى به فيما إذا كان بلا طلب منه ولو مع إجازته له بعد الدفع؛ لعدم جريان الفضوليّة في العبادات، وأمّا مع الرضا به حين الدفع مقارناً له وقصد القربة فيه، ففي الاجتزاء به إشكال أحوطه العدم، وممّا ذكرنا يعلم الحال في جعله ثمناً للهدى.

وأمّا وطء الجارية ، فإن قلنا بالإباحة الشرعية العامة للوطء أيضاً في المعاطاة، لآية حِلّ البيع بما مرّ في تقريب دلالتها عليها، فلا ريب في الجواز، ولا ينافيه اعتبار الصيغة الخاصّة؛ لأنّه مختصّ بما إذا كان التحليل من المالك، إلّا أنّه مبنيّ على كونها في مقام البيان، وفيه تأمّل.

وإن قلنا: بالإباحة المالكيّة المطلقة، فإن قلنا بكفاية ذلك في حصول التحليل المجوّز لوطء أمة الغير نصّاً وفتوى، فكذلك.

وإن قلنا: بأنّه لا يكفي فيه القصد إلى تحقّق الإباحة تبعاً لقصد البيع، ولعلّه الأظهر، بل ولا إنشائها بالخصوص بلفظ الإباحة بالأصالة، على إشكال بل خلاف فيه، أحوطه بل وأشهره ذلك؛ فلا يجوز، فتدبّر.

ثمّ لا يخفى عليك أنّه بعد ثبوت التحليل ومشروعيّته لا يهمّنا البحث عمّا تعرّض به الأصحاب ـ رضي الله عنهم ـ من أنّه عقد كي يندرج في الأزواج، أو ملك منفعة كي يندرج تحت ما ملكت أيمانهم بتعميم ملك اليمين لملك المنفعة وملك الرّقبة، أو أنّه أمر ثالث في عرضهما؛ إذ لا فائدة في ذلك مهمّة، مع أنّه لا وجه لإدراجه تحت أحدهما إلّا رعاية أصالة العموم في طرف المستثنى منه المحذوف في قوله تعالىٰ: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إلّا عَلى

أزوَاجِهِمْ أو مَا مَلَكَتْ أيمانُهُمْ... فَمَن اِبتَغى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولِئكَ هُمُ العَادُونَ﴾[١] والتحفّظ عن ورود التخصيص عليه به كما هو قضيّة إدراجه في أحدهما؛ وهو ليس بوجيه لما تقرّر في الأُصول من عدم مساعدة الدليل على حجّيّة أصالة العموم في المقام كما مرّ ويأتي.

فبالنبسة إلى غير جواز الوطء الثابت شرعاً في التحليل من الآثار الخاصّة للزوجة وملك اليمين، يرجع إلى الأصل.

هذا، مع الخدشة في تعميم ملك اليمين لملك المنفعة:

أوّلاً: لأنّه خلاف الظاهر، والخدشة في كون التحليل من ملك المنفعة.

ثانياً: لاحتمال كونه من ملك الانتفاع بل هو منه، ولا ينافيه نفي جواز العارية في الأمة لأجل الوطء في بعض الأخبار؛ لأنّه ـ مضافاً إلى معارضته بما هو نصّ في الجواز ـ يمكن أن يكون ملك الانتفاع الحاصل بالتحليل من غير سنخ ما يحصل بالعارية.

ولكنّه كما ترى، فالعمدة مسألة المعاوضة؛ إذ احتمال كونه من قبيل صرف رفع المنع وليس فيه لا ملك منفعة ولا ملك انتفاع، فيكون المراد من العارية في خبر الجواز هو ما أُريد منه التحليل بطور الكناية، من قبيل ذكر الملزوم وإرادة اللازم، لا ما أُريد منه معناه المصطلح، ولتمام الكلام محلّ آخر.

المناقشة فيما أفاده الشهيد ٣: ٧١

٣٠/٨٧ **قوله: وأن يكون باعتبار.**

أقول: لا يخفى أنّ احتمال كون عدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع والصرف باعتبار عدم اللزوم، أي عدم لزوم المعاطاة بعد إفادتها الملك لا يجامع صراحة كلامه ﵀ في عدم إفادتها للملك.

٣٣/٨٧ **قوله: من حيث اللزوم والعدم.**

أقول: أي من حيث اعتبار الصيغة وعدم اعتبارها، فلا تغفل.

---

(١) المؤمنون: ٥ ـ ٧، والمعارج ٢٩ ـ ٣١.

جريان الربا في المعاطاة ٣: ٧١

قوله: وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرّبا.

أقول: يعني بما ذكرنا في وجه اعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقاً ـ من أنّ موردها البيع العرفي والمعاطاة بيع عرفاً ـ يظهر وجه تحريم الرّضا أيضاً مطلقاً حتى على القول بالإباحة، وإن خصّصنا حكم حرمة الرّبا بالبيع فضلاً عن تعميمه لمطلق المعاوضة الشاملة للإباحة المعوّضة أيضاً.

قوله: بل الظاهر التحريم.

قول: هذا إعراض عمّا يوهمه الكلام السابق؛ حيث إنّه يوهم أنّ في جريان الرّبا في المعاطاة مطلقاً وعدمه كذلك، والتفصيل بين القبول بالملك فيجري، وعدمه فلا يجري، كاعتبار شرائط البيع فيها وعدمه وجوهاً ثلاثة، وأنّه كما يظهر بما ذكرنا في شروط البيع وجه تحريم الرّبا في المعاطاة مطلقاً، كذلك يظهر به وجه عدم التحريم ووجه التفصيل.

وبالجملة: لمّا كان الكلام السابق يوهم أنّ الكلام في جريان الرّبا في المعاطاة مثل الكلام في اعتبار شروط البيع فيها في كونه ذات وجوه بما لها من المدرك، والحال أنّه ليس الأمر كذلك، وليس فيه إلّا احتمال الجريان مطلقاً؛ وذلك لأنّه لا مجال في ا لرّبا من بين الوجوه إلّا لما ذكره وجهاً ودليلاً لاعتبار الشروط فيها؛ نظراً إلى بطلان المعاملة الربويّة ، ومعه لا يمكن أن يقال بأنّ موضوع حرمة الربا هو البيع اللازم أو البيع الصحيح اللذان كانا هما الوجهان للاحتمال الثاني والأخير في مسأله اعتبار الشروط، أعرض عن الكلام السابق وقال: «بل الظاهر»، يعني بل الظاهر الذي لا محيص عن القول به هو تحريم الرّبا في المعاطاة مطلقاً حتى عند من يراها مفيدة للإباحة ؛ إذ لا شبهة في أنّ موضوع حرمة الرّبا هو البيع العرفي وما يقصد المتبايعان منه النقل والانتقال، ولا إشكال في أنّ المعاطاة معاوضة عرفية.

ومراده من المعاوضة في كلا الموضعين ـ بقرينة قوله في السابق: «وإن

خصّصنا الحكم»، أي: حكم حرمة الرّبا بالبيع، الظاهر في كون محلّ كلامه هو خصوص هذه الصورة ـ إنّما هو المعاوضة البيعيّة، وإنّما عبّر بلفظ «المعاوضة» دون «البيع» توطئة لتطبيق كلام الشهيد‌ المعبّر عنه بها فيه على مرامه من كون المعاطاة بيعاً، وإشارة إلى أنّ مراد الشهيد من المعاوضة هو البيع.

ومراده من «الاستقلال» كونها بيعاً في قبال سائر البيوع، وممتازاً عنها في إفادتها للملك، دون المعاطاة فإنّها تفيد الإباحة لا الملك، لا كونها معاملة في قبال سائر المعاملات، فعلى ما شرحنا يكون معنى قوله: «لأنّها معاوضة عرفيّة...» هكذا: لأنّ المعاطاة بحسب قصد المتعاطين بيع عند العرف، وإن لم يفد الملك المقصود منها عند المشهور، بل هي بلحاظ تأثيرها في الإباحة شرعاً، بيع مستقلّ شرعي أثره الإباحة قبال سائر البيوع الشرعيّة التي أثرها الملك، كما اعترف به الشهيد‌ القائل بمقالة المشهور في المعاطاة، حيث قال: إنّ المعاطاة في الشرع بيع مستقلّ قبال سائر البيوع، جائز إن لم يطرأ عليه ملزم كالتّلف، أو لازم إن طرأ عليه ذلك.

فإن قلت: بناء على ما ذكرت كان المناسب تبديل «البيع» بـ«المعاوضة» في قوله: «وإن خصّصنا الحكم بالبيع» فما الوجه في ترك التبديل؟

قلنا: إنّ الوجه فيه أنّ التبديل مخلّ بالمطلب كما لا يخفى، وعلى ما شرحنا العبارة لا يرد عليها ما ذكره المحشّون.

وكيف كان، فقد ظهر من بياننا أنّ كلمة «أو» في كلام الشهيد للتنويع لا للترديد.

١/٨٨ **قوله‌ : وأمّا حكم جريان الخيار قبل اللزوم.**

جريان الخيار في المعاطاة ٣: ٧٢ـ٧٣

أقول: التقييد بما قبل اللزوم ـ المراد منه ما قبل التلف ـ إنّما هو لأجل تعرّضه لحكمه فيما بعد اللزوم في التنبيه السابع، ولكن لا أرى وجهاً لعنوان كلّ منهما على حدة.

قوله: فيمكن نفيه على المشهور.

أقول: وإن كان الذي يقوى في النظر هو الثبوت؛ لأنّ موضوع الخيارات إمّا خصوص البيع كما في خياري المجلس والحيوان، أو مطلق المعاوضة كما في غيرهما، والمعاطاة على المشهور بيع عرفيّ ومعاوضة، فيعمّها أدلّة الخيارات.

ودعوى: أنّ هنا مانعاً آخر من العموم، وهو خلو الخيار عن الفائدة حينئذ، فيلغو جعلها ـ ضرورة جواز الرجوع بدونه أيضاً في الفرض، ولعلّ إلى هذا ينظر المصنّف في قوله: «فلا معنى للخيار» أي لا فائدة فيه ـ مدفوعة:

أوّلاً: بالنقص بثبوته في المعاطاة على القول بالملك، وفي البيع العقدي المجتمع فيه أكثر من خيار واحد، كأن علم بالغيب أو الغبن قبل التفرّق.

وثانياً: بالحلّ، بأنّه يكفي في الفائدة انقلاب الجواز إلى اللزوم في بعض الأحيان.

ومن هنا ظهر أنّ المصنّف مع تقويته سابقاً اشتراط المعاطاة بشرائط البيع وإجراء أحكامه فيها من الرّبا وغيره لا وجه لاختياره هنا نفي الخيار، لاتّحاد الحكمين في المناط، وهو كون المعاطاة بيعاً عرفاً، إلّا أن يقال: إنّ المختار عنده أيضاً ثبوت الخيار بقرينة ما ذكرته، وإنّما الغرض هنا بيان مجرّد الاحتمال والإمكان، لا بيان المختار، لكنّه بعيدٌ غايته.

قوله: مطلقاً. ٢/٨٨

أقول: يعني من غير فرق بين أقسام الخيار المخصوص بالبيع، كخياري المجلس والحيوان وغيره.

قوله: بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم.

أقول: يعني بيعاً لا معاوضة مستقلّة قباله كما سيأتي في التنبيه السابع، ولكنّه بناء على ما استظهره هناك من ابتناء جريان الوجهين في المعاطاة بعد

وجود الملزم على القول بالإباحة، وأنّ الترديد بينهما على القول بالملك لغوٌ، فإنّه بيع قطعاً، يتّجه عليه عدم صحّة ذكر تلك الفقرة هنا بعد البناء على القول بالملك بمقتضى قوله: «وإن قلنا بإفادة الملك»؛ لأنّ ظاهره أنّه يمكن البناء على عدم كونه بيعاً حينئذ، فيقع التنافي بين الكلامين.

ومثل ذلك: لو كان المراد من البيع ما لا يمكن إعمال الخيار فيه، وهو البيع اللازم؛ فإنّ ظاهره أيضاً أنّه يمكن البناء على عدم صيرورتها بيعاً لازماً بعد اللزوم، وهو خلف.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنّ المراد من البناء على صيرورتها بيعاً لازماً صرف اللحاظ والاعتبار، يعني يمكن القول بثبوت الخيار فيها بلحاظ أنّها تصير لازمة بالأُخرة فيمكن الانتفاع به، ولعلّه يساعد على ذلك قوله: «فالخيار موجود» فتأمّل، فإنّ فيه ما لا يخفىٰ.

وبالجملة: لا يمكن الجمع بين هذه العبارة واستظهار عدم الترديد في بيعيّة المعاطاة بعد اللزوم بل قبله على القول بالملك، فلابدّ في تصحيح العبارة من غمض العين عن الاستظهار المذكور والبناء على جريان احتمالي البيعية وغيرها في المعاطاة بعد اللزوم على القول بالملك أيضاً، وحينئذٍ يشكل القول بثبوت الخيار مطلقاً حتّى الخيار المختصّ كالبيع من أوّل الأمر، كما هو قضيّة قوله: «فالخيار موجود، من زمان المعاطاة، إلّا أنّ أثره يظهر بعد اللزوم»؛ إذ مقتضى هذه العبارة عدم كونها بيعاً قبل اللزوم، ومع ذلك كيف يجري فيه الخيار الذي موضوعه خصوص البيع المفروض انتفاؤه في المقام؟

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ البيع الذي هو موضوع الخيار أعمّ من البيع الفعلي والبيع الاقتضائي، والأول وإن كان منتفياً قبل وجود الملزم إلّا أنّ الثاني موجود، يعني على القول بالملك يمكن القول بثبوت جميع الخيارات في المعاطاة من حين وقوعها، حتى الخيارات المختصّة بالبيع

من بين المعاوضات.

ولكن هذا التعميم بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم، إذ يكفي في البيع الذي هو موضوع الخيار المختصّ به، مثل خيار المجلس، البيع الاقتضائي القابل لأن يبلغ مرتبة الفعلية ويصير بيعاً فعليّاً ولو بعد حين، وهو حاصل فيها قبل اللزوم؛ فالخيار موجود من زمان المعاطاة... إلى آخره، إلّا أن الشأن في كفاية ذلك، فإنّه مشكل بل ممنوع.

قوله: لاختصاص أدلّتها. ٣/٨٨

أقول: قضيّة ذلك جريانها فيما لو عمّت أدلّتها لما يوضع على اللزوم، وليس كذلك؛ لأنّ موضوع هذه الخيارات هو البيع على كلّ تقدير، ولا بيع هنا قبل اللزوم الذي هو محلّ الكلام، كما هو قضيّة قوله قبل ذلك: «بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم». فالصواب أن يقول: لاختصاص أدلّتها بما كان بيعاً حين الوقوع، فتأمّل غاية التأمّل؛ فإنّ فقرات عبارة هذا التنبيه في غاية الإشكال.

قوله: دون الأرش. ٤/٨٨

أقول: بناء على أنّه خلاف الأصل فيقتصر على مورد اليقين وهو البيع، وأمّا بناء على أنّه وفاق الأصل، فلا فرق بينه وبين الردّ.

قوله: وأمّا حكم الخيار بعد اللزوم.

أقول: يعني حكمه بعده على كلا القولين.

[الثاني: الإعطاء من جانب واحد]

حكم الإعطاء من جانب واحد ٣: ٧٤ـ٧٥

قوله: لأنّ كلّاً منهما. ٦/٨٨

أقول: يعني أنّ المعاوضة البيعية وكذا الإباحة المعوّضة لابدّ في تحقّقهما من قيام كلّ من المالين مقام الآخر في وصف الملكيّة أو الإباحة، فإذا لم يحصل ما يوجب ذلك ـ وهو إعطاء ماله في أحد الطرفين ـ يبقى الطرف

الآخر ملكاً لصاحب مالكه أو مباحاً له بلا عوض، فلا يحصل القيام المذكور، فلا يتحقّق المعاوضة، فالقول بعلّة هذه العلّة ناشٍ من العلّة.

قوله: في مقابل ملكيّة الآخر أو إباحته.

أقول: أي ملكيّة المال الآخر للآخر أو إباحته له، والإباحة هنا وفي قوله قبل ذلك: «ما يوجب إباحة الآخر» من المصدر المبنيّ للمفعول، بمعنى المباحيّة.

٨/٨٨ **قوله: أو إباحة له.**

أقول: يعني قبول إباحة له، فالمضاف محذوف.

قوله: فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه.

أقول: لا يصحّ تفريع هذا على ما قبله؛ لأنّ مقتضى ما قبله أن يكون دفع الثمن وإقباضه تمليكاً له بإزاء المثمن لا تملّكاً، واشتراءً للمثمن بإزاء الثمن المدفوع.

وكيف كان، فهل يعقل تحقّق البيع والشراء بدفع الثمن وإقباضه لمالك المثمن وأخذه أم لا؟ الظاهر لا؛ لأنّ عنوان الدفع والإقباض والإعطاء هو التسليط والتمليك، وما هو وظيفة صاحب الثمن هو التملّك والتسلّط، ولا يمكن انطباق ما عنوانه التسليط على التسلّط.

وبعبارة أُخرى: أنّ الإعطاء الخارجي مصداق خارجي لمفهوم التسليط، فلا يعقل كونه مصداقاً خارجياً للتسلّط المباين له، فلا يمكن أن يكون هو تملّكاً للثمن واشتراء له ، وكذلك عنوان الأخذ مصداقه الخارجي هو التسلّط، فلا يعقل أن يكون السليط الذي هو وظيفة صاحب المثمن مصداقاً له، فلا يمكن أن يكون أخذ الثمن تمليكاً للمثمن من جانب الآخذ، نعم الدفع والأخذ في طرف الثمن مقدّمة لتحقّق الإعطاء والأخذ في طرف المثمن، فإن ترتّب عليها ذلك ووجد بعدها فقد حصل البيع بذلك، وإلّا فلا يكون بيع هناك.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ قوام المعاملة بكلا طرفيها: من التمليك بعوض والتملّك به في مورد حصول التعاطي من الطرفين، إنّما هو بإعطاء المثمن وأخذه، وأمّا إعطاء الثمن وأخذه فهو خارج عنها بالمرّة، وإنّما هو من باب الوفاء بالمعاملة، بل دخله في المعاملة مخلّ بها؛ لأنّها حينئذٍ يكون تمليكين بعوض: أحدهما من صاحب المثمن والآخر من صاحب الثمن؛ وإيجابين كذلك خالياً عن التملّك والقبول، فيفسدان معاً.

ومع ذلك لا يصحّ جعله‌ؒ مورد حصول التعاطي من الطرفين هو المتيقّن من مورد المعاطاة؛ لما عرفت من أنّه:

إن كان دفع الثمن وأخذه من باب الوفاء بالمعاملة الحاصلة بإعطاء المثمن وأخذه، فهو أجنبيّ عن المعاملة، كالحجر الموضوع في جنب الإنسان.

وإن كان من باب التمليك كما في جانب المثمن فيكون فيه ـ وكذلك في جانب المثمن ـ خالياً عن القبول والتملّك، فيفسد كلاهما، فكيف يكون المتيقّن من مورد المعاطاة من حيث ترتّب الملك أو الإباحة عليها؟

وإن كان من باب التملّك للثمن والتسلّط عليه حتّى يكون قبولاً للتمليك في جانب المثمن وجزءاً للمعاملة، ففيه: أنّه لا يعقل كون التملّك والتسلّط مصداقاً للإعطاء الذي هو من قبيل التمليك والتسليط، فتدبّر جيّداً.

ويتفرّع على ما ذكرنا: عدم جريان المعاطاة في السلم وعدم حصوله بها.

قوله: بفعل واحد. ٩/٨٨

أقول: يعني به الإعطاء، فإنّه لمّا كان من جهة أنّه أُخذ في مفهومه الأخذ ـ بحيث لا إعطاء بدون الأخذ ـ منحلّاً إلى أمرين أحدهما: الدّفع، والآخر: الأخذ، فيصحّ نسبة الإيجاب والقبول إليه.

أمّا الأوّل فبلحاظ جزئه الأوّل.

وأمّا الثاني فبلحاظ جزئه الثاني، فالإيراد عليه بأنّه ليس هنا فعل واحد

يتحقّق به الإيجاب والقبول معاً؛ لأنّ المراد منه إمّا الأخذ فقد حصل به الإيجاب دون القبول، كما هو قضيّة قول المصنّف بأنّ الاشتراء يعني القبول إنّما يحصل بالدّفع؛ وإمّا الدّفع فكان الأمر بالعكس، ناشٍ من عدم الوصول إلى حقيقة الإعطاء، وتوهّم أنّ الأخذ عن مفهومه بالمرّة، فتدبّر.

١٠/٨٨ **قوله: لا دليل على تأثيرها.**

أقول: يكفي دليلاً عليه آية حِلّ البيع بتقريب: أنّها بيع عرفيّ، والآية تدلّ على حلّية الآثار المترتّبة على البيع وجوازها. ولا يرد عليه الإشكال الذي على تقريب الاستدلال بها على إفادتها للملك؛ لتوقّفه على ثبوت الملازمة بينه وبين حلّية جميع التصرّفات، بخلاف المقام؛ إذ ليس المدّعى فيه أزيد من الحلّية المجرّدة عن الملك.

١٤/٨٨ **قوله: ثمّ لو قلنا بأنّ اللفظ.**

خلوّ المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً ٣: ٧٦

أقول: يعني لو قلنا بأنّ إنشاء التمليك باللفظ الذي لا يعتبره المشهور في ترتّب أثر العقد من الملكيّة اللازمة، مثل إنشائه بالفعل في انعقاد المعاطاة وتأثيره أثرها، كما يأتي الكلام فيه تفصيلاً في التنبيه الثامن.

١٥/٨٨ **قوله: أمكن خلوّ المعاطاة.**

أقول: في التعبير بالمعاطاة تسامح، والحقّ أن يعبّر بالمبادلة.

قوله: فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء.

أقول: يعني فينشآن مبادلة شيء بشيء بالقول الغير المعتبر، أي غير الجامع لشرائط الاعتبار والتأثير في الملك اللازم من غير إيصال.

قوله: فالإشكال المتقدّم هنا آكد.

أقول: لإمكان دعوى قيام السيرة هناك وعدمه هنا، لإمكان اختصاصها بما إذا كان هناك فعل.

[الثالث: تمييز البائع من المشتري]

تمييز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية ٣: ٧٧

قوله: الثالث: تمييز البائع من المشتري في المعاطاة.

أقول: تخصيص هذا التنبيه بالمعاطاة لوضوح التمييز بينهما في البيع اللفظي؛ حيث إنّ قائل: «بعت» بائع وإن تأخّر، وقائل: «اشتريت» مثلاً مشترٍ وإن تقدّم.

حالات العوضين في المعاطاة ٣: ٧٧ـ ٧٩

قوله: ولو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر. ١٩/٨٨

أقول: إن كان محلّ الكلام هنا مثل السابق: تشخيص البائع عن المشتري مع العلم بتحقّق عنوان البيع تفصيلاً وتحقّق عنوان البائع والمشتري إجمالاً، مردّداً بين احتمالات ثالثها: كون كلّ منهما بائعاً ومشترياً كما يساعد عليه سياق العنوان وجعل هذا من التنبيهات، فلا مجال لذكر الوجهين الأخيرين؛ ضرورة أنّ احتمالها منافٍ لفرض العلم بقصد عنوان البيع والعلم بتحقّقه.

وإن كان محلّ الكلام تشخيص عنوان المعاملة، وأنّه بيع أو صلح أو معاملة مستقلّة؛ للشكّ في أنّ قصدهما هذا أو هذا أو ذاك، وأنّ ما هنا فهو عنوان لمسألة أُخرى إنّما ذكره في ذيل العنوان المذكور لمناسبة ما؛ فلا مجال لجعل الوجه الثاني بل الأوّل أيضاً في عرض الوجهين الأخيرين؛ لأنّ ما كان في عرضهما احتمال البيعيّة لا احتمال خصوصيّة طرفيه بعد الفراغ عن أصل تحقّق البيع، كما هو ظاهر الوجه الأوّل والثاني.

وكيف كان، فالأقوى على الفرض الأوّل هو الاحتمال الثاني، وعلى الفرض الثاني هو المشي على قواعد العلم الإجمالي، فافهم.

قوله: أو كونه بيعاً بالنسبة. ٢٣/٨٨

أقول: لا يتمّ هذا إلّا بناء على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب، ويأتي أنّه خلاف التحقيق.

قوله: أو كونها معاطاة مصالحة. ٢٤/٨٨

أقول: تأنيث الضمير هنا وفي الوجه الأخير ـ على تقدير صحّة النسخة ـ إنّما هو باعتبار الخبر.

ثم إنّه قد مرّ الإشكال في هذا الاحتمال؛ بناء على كون الكلام في تمييز البائع عن المشتري بعد الفراغ عن تحقّق عنوان البيع، وأنّ مرجعه إلى الخلف. وأمّا بناء على كونه في تمييز عنوان المعاملة فيرد على هذا الاحتمال: أنّ مجرّد التسالم على شيء لا يوجب كونها مصالحة، وإلّا فتمام المعاملات مصالحة.

٢٦/٨٨ **قوله: فتدبّر.**

أقول: لعلّه بعد تسليم عدم جواز تقديم القبول، إشارة إلى أنّه مختصّ بصورة تقدّم إعطاء أحدهما على إعطاء الآخر، فلا يجري في صورة التقارن، أو إشارة الى منع اطّراد الصدق المذكور حتى في غير صورة التقارن وإمكان العكس.

[الرابع: أقسام المعاطاة]

٢٧/٨٨ **قوله: أحدها أن يقصد كلّ منهما.**

١ ـ تمليك المال بإزاء المال ٣: ٨١ـ٨٢

أقول: غاية الأمر أنّ قصد البايع أصليّ وقصد المشتري تبعيّ.

٣١/٨٨ **قوله: وربّما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل.**

أقول: وذلك كما إذا أخذ كلّ واحد منهما ملك الآخر ابتداء، بناء منهما على عوضيّة كلّ من المأخوذين عن الآخر، ولعلّ وجه التأمّل في صحّتها انتفاء الإنشاء رأساً؛ إذ ليس فيها إنشاء تمليك قولاً وفعلاً، ولم يوجد منهما إلّا التباني من دون أن يكون هناك أخذ وإعطاء الذي هو أدنى مراتب التجارة.

٣٤/٨٨ **قوله: إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقّق.**

٢ ـ تمليك المال بإزاء التمليك ٣: ٨٢

أقول: لمّا جعل المعاوضة بين التمليكين، ولا معنى للعوضية إلّا قيام شيء مقام شيء آخر، لم يعقل تحقّق العوضيّة والمعوضيّة قبل تحقّق التمليك من الجانب الآخر، ومجرّد أخذ العين الأُولى من حيث دلالته على قبول هذه

المعاوضة لا يجدي بعد عدم تحقّق العوض فضلاً عن وصف العوضيّة، وهذا بخلاف الوجه الأول؛ إذ الأخذ فيه يأخذه قبل المعاوضة بين المالين، والعوض متحقّق بحسب الذات، وبقبوله يثبت له وصف العوضيّة، وهذا معنى التمليك الضمني الذي يدلّ عليه القبول وبخلاف الهبة المعوّضة؛ لأنّ العوض فيها ليس عوضاً عن الموهوب وعن الهبة؛ لأنّه لا يذكر فيها إلّا على سبيل الالتزام والإلزام بشيء آخر كقوله: وهبتك هذا على أن تعطيني ذلك، فهذا إلزام بالمكافآت التي قد يتحقّق في الهبة الغير المشروطة فيها العوض، كما أشار إليه المصنّف رحمه الله فيما سبق، فلا يقتضي العبارة المذكورة كون المال عوضاً عن الموهوب ولا عن الهبة، مضافاً إلى عدم إمكان ذلك، أمّا الأوّل فلأنّ حقيقة الهبة مغايرة لحقيقة التعويض، وأمّا الثاني فلأنّ الهبة لا تصلح للوقوع بإزاء المال وعوضاً عنه؛ إذ لابدّ في العوضين من قيام كلّ منهما مقام الآخر، والهبة لا تقوم مقام المال بضرورة العرف؛ وأمّا جعل العطاء بإزاء الهبة فالظاهر أنّه أيضاً منافٍ لحقيقة الهبة ومفهومها، وهذه المنافاة تجري بالأولويّة في جعل المال عوضاً عن الهبة، كذا ذكره بعض الأفاضل قدس سره.

٣ ـ إباحة المال بإزاء العوض ٣: ٨٢

قوله: بقبوله لها التمليك. ١/٨٩

أقول: أي تمليك العوض في قبال الإباحة تمليكاً ضمنيّاً.

٤ ـ إباحة المال بإزاء الإباحة ٣: ٨٢

قوله: وكيف كان فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين. ٣/٨٩

أقول: ما ذكره من الإشكال فيهما لا يختصّ بما إذا وقعا بالمعاطاة، بل يجري فيما إذا وقعا باللفظ.

الاشكال في القسمين الأخيرين من جهتين ٣: ٨٢

قوله: أوّلاً الإشكال في صحّة. ٤/٨٩

أقول: هذا الإشكال جارٍ في كلا القسمين الأخيرين بخلاف الثاني، فإنّه مختصّ بأوّلهما.

قوله: عقد مركّب من إباحة وتمليك. ٥/٨٩

أقول: يعني إباحة من المبيح وتمليكاً من المباح له.

٨/٨٩ **قوله: أن ينشأ توكيلاً له في بيع ماله له.**

تصحيح إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك بوجهين ٣: ٨٣

أقول: في بعض النسخ المصحّحة: «إنشاء توكيل له»، ومؤدّى التعبيرين واحد، وضمير «ماله» و«له» راجع إلى المبيح، ونقل الثمن عطف على البيع يعني نقل الثمن من المبيح إلى نفس المباح له.

قوله: أو في نقله أوّلاً إلى نفسه.

١ ـ كون ما نحن فيه من قبيل «اعتق عبدك عني» ٣: ٨٣

أقول: هذا عطف على قوله: «في بيع ماله»، يعني: أو ينشأ توكيلاً للمباح له في نقل مال المبيح أوّلاً إلى المباح له ثم بيعه لنفسه.

٩/٨٩ **قوله: أو تمليكاً له بنفس.**

أقول: هذا عطف على قوله: «تمليكاً»، يعني: أو يقصد من قوله: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» إنشاء تمليكه له بنفس هذه الصيغة بطور الكناية وذكر اللازم، وهو إباحة بيع المال لنفس الآخذ وإرادة الملزوم وهو التمليك.

قوله: ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله.

أقول: بل يكون نفس أخذ المخاطب بمنزلة القبول، ولا ينتظر في حصول الملكيّة إلى بيعه.

قوله: كما صرّح به في التذكرة.

أقول: قال فيها بعد تعداد الشروط المعتبرة في صيغة البيع ما لفظه: فروع: الأوّل: إنّما يفتقر إلى الإيجاب والقبول فيما ليس الضمني من البيوع، وأمّا الضمني ـ كاعتق عبدك عنّي بكذا ـ فيكفي فيه الالتماس والجواب، ولا تعتبر الصيغة المتقدّمة إجماعاً. انتهىٰ.

١٠/٨٩ **قوله: ويقدّر وقوعه قبل العتق.**

أقول: يعني وقوع النقل والانتقال.

عدم جريان الوجه الأول فيما نحن فيه ٣: ٨٤

قوله: ولا شكّ أنّ المقصود. ١١/٨٩

أقول: هذا بيان لفقدان الوجه الأوّل في المقام.

قوله: الثاني أن يدلّ دليل شرعيّ على حصول الملكيّة. ١٥/٨٩

٢ـ كون ما نحن فيه من قبيل «شراء من ينعتق عليه» ٣: ٨٤ـ٨٥

أقول: الصواب بمقتضى قوله: «فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك»، وقوله في بيان وجه فقدان هذا الوجه فيما نحن فيه: «إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل» أن يقول بدل «حصول الملكية»: إباحة جميع التصرّفات حتى المتوقّفة على الملك.

وكيف كان، لا وجه في كشف ثبوت الملك له لانتظار إرادة البيع، بل يستكشف هذا بمجرّد الإباحة المطلقة الصحيحة بالدليل بحكم الفرض من باب استكشاف ثبوت الملزوم بثبوت اللازم؛ إذ من المعلوم أنّ لازم الملكيّة هو جواز البيع لا نفس وقوع البيع في الخارج.

قوله: أو يدلّ دليل شرعيّ على انتقال الثمن عن المبيح إلى المباح له. ١٦/٨٩

أقول: هذا عطف على «يدلّ» السابق، يعني: أو يدلّ دليل على انتقال الثمن عن المبيح إلى المباح له، وخروجه عن ملك الأول ودخوله في الملك الثاني بعد البيع بلا فصل، فيقع البيع الصادر عن المباح له حينئذ في ملك المبيح، بخلافه على المعطوف عليه؛ فإنّه فيه واقع في ملك المباح له، ولم يتعرّض المصنّف﵀ لردّه فيما بعد بفقدان ذلك؛ لوضوح كونه فرضاً محضاً.

قوله: فيكون ذلك شبه دخول.

أقول: يعني يكون دخول ثمن المباح في ملك المبيح آناً ما بعد البيع الصادر من المباح له، لا يقبل إلّا خروجه عنه بعد ذلك ودخوله في ملك المباح له.

عدم جريان الوجه الثاني فيما نحن فيه أيضاً ٣: ٨٥ ـ ٨٧

قوله: وإثبات صحّته بعموم مثل النّاس مسلّطون على أموالهم يتوقّف. ١٧/٨٩ ـ ١٨

أقول: إن كان المراد من التوقّف: توقّف الحكم على الموضوع، فهو مُسلّم لو كان موضوع الجواز الثابت بالحديث هو السلطنة الجائزة والتصرّف المرخّص فيه شرعاً بدليل خاصّ غير هذا العموم، لكنّه ممنوع؛ لاستلزامه لغويّة الحديث وعدم صحّة الاستناد إليه في إثبات جواز تصرّف من التصرّفات أصلاً، وإنّما الموضوع فيه مطلق التصرّف القابل عقلاً لأن يكون مورداً للجواز شرعاً.

وعلى هذا لا يتوقّف إثبات صحّة الإباحة المطلقة بعموم الحديث المذكور على عدم مخالفة مؤدّى العموم لقواعد أُخر شرعيّة مستفادة من أدلّة أُخر، بل يتوقّف على صدق التصرّف والسلطنة القابل في حدّ نفسه لورود الجواز عليه، وهو موجود في المقام.

وإن كان المراد منه توقّف ثبوت الحكم على عدم المعارض لدليله والمفروض وجوده، ففيه: أنّ هذا بعينه مورد الجمع بين الأدلّة المتخالفة بالالتزام بالملك التقديري.

والحاصل: أنّه لابدّ من التفصيل في إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك بين ما يتوقّف منها عليه عقلاً فيبطل إباحته، وبين غيره فتصحّ ويلتزم بالملك التقديري آناً ما قبل التصرّف جمعاً بين الأدلّة.

فظهر أنّ ما ذكره في ذيل المقام: من قياس قاعدة السلطنة على قاعدة الوفاء بالنذر بالنسبة إلى غير البيع، قياس مع الفارق.

٢٠/٨٩ **قوله ﷺ: أو استيفاء الدين.**

أقول: يعني وفاء الدين منه بعد شراء الطعام على ذمّته، فالأحسن تبديل «الاستيفاء» بـ«الوفاء».

٢٤/٨٩ **قوله: ودعوى أنّ الملك التقديري.**

أقول: هذه الدعوى مع ما دفعها به قد علمت من قوله في السابق: «وإثبات صحّته بعموم مثل الناس مسلّطون على أموالهم يتوقّف» جواباً عن

سؤال مقدّر، وهو: أنّه لا حاجة إلى قيام الدليل الخاصّ على صحّة الإباحة المذكورة، بل يكفي عموم قاعدة السلطنة، فلا وجه لذكرها ثانياً.

قوله: وبالجملة، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم «الناس...». ٢٩/٨٩ ـ ٣٠

أقول: الحكومة في العتق ممنوعة، بل هو من باب التعارض، إلّا أن يكون معنى الحديث الشريف: أنّ للمالك أن يتصرّف في ماله بكلّ تصرّف يكون في حكم الشارع، وعلى هذا ـ مع أنّه خلاف الواقع كما عرفت ـ يكون تقديم دليل عدم جواز عتق ملك الغير على الحديث من باب الورود لا الحكومة؛ إذ بمجرّد قيامه ينتفي الموضوع حقيقة، كما أنّ تقدّمه على دليل الوفاء بالنذر أيضاً كذلك فيما إذا أُخذ في متعلّقه كونه سائغاً شرعاً، إلّا أن يريد من الحكومة ما يعمّ الورود أيضاً، أعني منه: مطلق ارتفاع الموضوع ولو حقيقة، لا خصوص معناها الاصطلاحي، أعني: ارتفاعه تنزيلاً.

قوله: نعم لو كان هناك تعارض. ٣١/٨٩

أقول: كما إذا دلّ دليل خاصّ على صحّة هذه الإباحة المطلقة الشاملة لما يتوقّف على الملك، وترتيب جميع ما قصده المبيح على هذه الإباحة، فإنّه حينئذٍ يقع التعارض بينه وبين دليل توقّف العتق مثلاً على الملك، فيجمع بينهما بما ذكره.

ولعلّ الأمر بالتأمّل في ذيل العبارة إشارة إلى أنّ الجمع بالملك التقديري على تقدير التعارض، كما أنّ الأمر كذلك بالنسبة إلى ما يتوقّف على الملك ـ شرعاً كوطء الأمة وعتقها، أو عقلاً كالبيع ـ تبرّع محض، وإمكان صرف ليس على مقتضى قواعد علاج التعارض؛ فإنّ مقتضاها التوقّف والرجوع إلى القواعد أوّلاً وبالذات، وإلى الترجيح لو كان هناك مرجّح، والتخيير لو لم يكن كما هو المشهور، أو إلى التخيير مطلقاً كما هو الأقوى ثانياً وبالعرض.

عدم كون ما نحن فيه من قبيل بيع الواهب وعتقه ٣: ٨٨

١/٩٠ **قوله: لتوقّفه على التنافي.**

أقول: يعني لتوقّف انطباق ما نحن فيه على الملك المذكور ثانياً، أي الملك التقديري على التنافي المذكور، وعدم حكومة دليل توقّف التصرّف الخاصّ على الملك على دليل السلطنة، فذكر «العتق» إنّما هو من باب المثال لكلّ تصرّف توقّف على الملك، والمراد: أنّه لا يتحقّق التنافي بينهما كما يتحقّق بين دليل صحّة شراء من ينعتق عليه ودليل عدم ملكيّته، فيحتاج إلى تقدير الملك بمقدار أن يتحقّق الانعتاق على المشتري؛ إذ قد مرّ حكومة دليل توقّف العتق على الملك على دليل السلطنة، فلا موجب لتقدير الملك كتقديره في شراء من ينعتق عليه.

هذا، ويمكن الخدشة فيما ذكره بإمكان دعوى ظهور دليل عدم ملك الإنسان أُمّه وأباه عدم استقرار ملكه واستيلائه عليهما، وهذا لا ينافي صحّة الشراء حتى يجمع بينهما بالملك التقديري، وإلّا فلو كان مفاد الدليل أنّه لا يملكه أصلاً حتى حدوثاً أيضاً تحقّق التنافي بينهما إلّا اللازم حينئذ هو التعارض وإجراء أحكامه، لا الجمع بالتزام الملك التقديري، حيث إنّه تبرّع صرف لا يساعد عليه العرف أصلاً.

٢/٩٠ **قوله: لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً.**

أقول: مراده من سبب الملك المتحقّق سابقاً على البيع: إرادة حصول الملك قبل التصرّف بالبيع المستكشف به، الموجودة في بيع الواهب وذي الخيار على ما يأتي إن شاء الله تعالى في أحكام الخيار المفقودة فيما نحن فيه حسب الفرض؛ إذ المفروض عدم قصد المالك التمليك، وعدم قصد المباح له التملّك عند التصرّف في البيع ونحوه، فتأمّل.

استظهار صحّة إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك من جماعة ٣: ٨٩

٥/٩٠ **قوله رحمه الله : وأنّه يملك المثمن بدفعه إليه.**

أقول: ضمير «أنّه» و «إليه» راجع إلى الغاصب، وضمير «بدفعه» إمّا

راجع إلىالمشتري، فيكون إضافة «الدّفع» إلى الضمير من إضافة المصدر إلى الفاعل، ويكون مفعوله ـ وهو الثمن ـ محذوفاً، أي بدفع المشتري الثمن إلى الغاصب.

وإمّا راجع إلى الثمن، والفاعل وهو المشتري محذوف، وهذه الجملة عطف على جواز شراء الغاصب به شيئاً، أي شراء البائع الغاصب بذاك الثمن شيئاً، من قبيل عطف العلّة على المعلول، فهو بمنزلة قوله: لأنّه ـ أي الغاصب ـ يملك الثمن بدفع المشتري إيّاه إليه، فليس لمالك الثمن ـ وهو المشتري ـ إجازة شراء الغاصب شيئاً بالثمن؛ لأنّ الشراء بعد فرض كون الثمن ملكاً للبائع الغاصب وخروجه عن ملك المالك الأوّل ـ وهو المشتري ـ لم يرد على مال المالك ـ أي المشتري ـ حتى يكون له إجازته.

قوله: **ويظهر أيضاً من محكيّ المختلف.** ٦/٩٠

أقول: نظره في ذلك إلى ما ذكره قدّس سرّه في ذيل التكلّم في المسألة السابعة عشرة من مسائل الفصل الرابع عشر الذي عقده في بيع الغرر والمجازفة ـ في توجيه كلام الشيخ في النهاية: «من غصب غيره مالاً واشترى به جارية كان الفرج حلالاً وعليه وزر المال» انتهى ـ حيث قال قدّس سرّه:

أقول: كلام الشيخ في النهاية يحتمل أمرين:

أحدهما: ما ذكره في جواب المسائل الحائرية... إلى أن قال:

والثاني: أن يكون البائع عالماً بأنّ المال غصب، فإنّ المشتري حينئذٍ يستبيح وطء الجارية، وعليه وزر المال وإن كان الشراء وقع بالعين. انتهى موضع الحاجة.

ومقصوده من الاحتمال الأول هو الحمل على الشراء بمالٍ كلّيّ في الذمّة، وقد أدّاه من مال الغير وتركنا نقل عبارته لعدم الغرض فيها هنا، وعلى أيّ حال فاستظهار جواز وطء الجارية المشتراة بعين مغصوبة للمشتري في محلّه.

وأمّا ظهور جواز شراء البائع الغاصب بعين الثمن الذي أخذه من المشتري شيئاً، وأنّه يملكه فيما إذا كان المشتري الدافع للثمن عالماً بالغصب من عبارة العلّامة المذكورة، فلعدم الفرق في التوقّف على الملك بين الوطء وبين جعله ثمناً لما ينتقل إليه بالمعاملة.

٧/٩٠ **قوله: على الملك، فتأمّل.**

أقول: لعلّه إشارة إلى منع اقتضاء الكلمات المذكورة كون تسليط شخص غيره على ماله على وجه الإباحة موجباً لجواز التصرّف المتوقّف على الملك؛ وذلك لأنّ التسليط في مواردها على وجه الملكية، فلا يعمّ التسليط على وجه الإباحة، فلا يكون تلك الكلمات نقضاً على ما ذكره من عدم جواز هذا النحو من التصرّف بمجرّد الإباحة، ولعلّ الفرق بين الصورتين أنّ التسليط على وجه الملكية يوجب حصول الملك به، دون التسليط على وجه الإباحة.

الإشكال الثاني في صحّة الإباحة بإزاء العوض ٣: ٨٩ـ ٩٠

٩/٩٠ـ ١٠ **قوله: من جهة خروجه عن المعاوضات.**

أقول: هذا وجه لعدم الصحة، ومحصّله الاستناد إلى الأصل مع عدم الدليل على خلافه.

١٠/٩٠ **قوله: فضلاً عن البيع.**

أقول: بعد فرض خروج المقام عن المعاوضات التي منها البيع مورد لهذه العبارة.

قوله: إلّا أن يكون نوعاً من الصلح.

أقول: هذا إشارة إلى أوّل وجهي صحّة الإباحة بالعوض، وحاصله: منع خروجها عن المعاوضات المعهودة بدعوى دخولها في الصلح، فإنّها نوع منه فتعمّه أدلّته، وحينئذٍ يحكم باللزوم أيضاً بلا إشكال فيه بناء على أنّه لا يشترط فيه لفظ الصلح.

كما أنّ قوله: «ولو كانت معاملة مستقلّة» إشارة إلى ثاني وجهي صحّتها، ومحصّله: أنّها وإن كانت خارجة عن المعاملات المعهودة حتى الصلح، إلّا أنّه

لا يقدح في الصحّة مع وجود عموم آخر متكفّل على صحّتها، ويمنع عن الرجوع إلى الأصل وهو عموم حديثي السلطنة والشرط.

هذا شرح العبارة، والأقوى في حكم المسألة هو الصحّة؛ لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[١] مع ضرورة كونه عقداً؛ ولعموم حديث السلطنة بناءً على كون الموضوع فيه مطلق السلطنة كما اخترناه، لا خصوص السلطنة الجائزة في الشرع كما ذكره المصنّف‏؛ إذ بناء عليه يكون التمسّك به للمقام من قبيل التمسّك بالعامّ في الشبهة الموضوعية؛ ولعموم الوفاء بالشرط بناء على عمومه للشرط الابتدائي، ولكنّه ممنوع.

قوله: كما يستفاد من بعض الأخبار الدالّة على صحّته بقول المتصالحين. ١١/٩٠

أقول: لعلّ نظره في ذلك إلى ما رواه محمّد بن مسلم في الصحيح عن الباقر، ومنصور بن حازم في الصحيح عن الصادق: أنّهما قالا في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه؟ فقال: كلّ واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي. فقال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا». وقال منصور في حديثه: «وطابت به أنفسهما».

وفي شرح الإرشاد للمحقّق الأردبيلي ما لفظه: ولكن ليس فيهما صراحة بالصلح فتأمّل. انتهى.

وقد تقدّم من المصنّف في أواخر التنبيه السابق ما يظهر منه ذلك أيضاً حيث قال هناك: «إنّهم حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين» المراد بها تلك الرواية المتقدّمة على الصلح؛ إذ لو كان لها ظهور في الصلح فضلاً عن الصراحة لما كان ينبغي له التعبير بقوله: «حملوا».

---

(١) المائدة: ١.

وأنا أقول: وكذلك لا صراحة فيهما في كون موردهما من قبيل الشركة، كما هو ظاهر المصنّف في التنبيه السابق، وحملهما على المصالحة في مورد تحقّق الشركة ليس بأولى من حملهما على هبة كلّ منهما طعامه عند صاحبه له بدون الشركة، وعن بعض المحدّثين حملهما على الإبراء، فتأمّل.

وبالجملة: ليس في الروايتين ظهور في الصلح وكون الطعام مشتركاً بين الرّجلين، فحملهما على الصلح في خصوص مورد الشركة خالٍ عن الشاهد، فلا يصحّ الاستناد إليهما في عدم اعتبار العلم بالعوضين في الصلح المعاوضي بناء على اعتباره فيه لولاهما، مع أنّ شمولهما لصورة الجهل بهما غير معلوم؛ وكذا الاستناد إليهما في جواز الصلح بهذه العبارة المذكورة فيهما بناء على قصور الإطلاقات في الدلالة على عدم اعتبار صيغة خاصّة في الصلح.

٩٠/١١ـ١٢ **قوله: ولو كانت معاملة مستقلّة كفى فيها عموم.**

أقول: نعم لو كان الغرض إثبات شرعيّتها مع قطع النظر عن سببها المحصّل لها، وأمّا لو كان الغرض إثبات سببيّة المعاطاة، ففيه ما ذكره في آخر الباب، من أنّه غير ناظر إلى هذه المرحلة.

٩٠/١٣ **قوله: دون المبيح حيث إنّ ماله باق على ملكه، فهو مسلّط عليه.**

أقول: نعم ولكن عموم «المؤمنون عند شروطهم» بناء على عمومه للشروط الابتدائية حاكم على قاعدة السلطنة، ومن هنا يظهر وجه أقوائية الوجه الأول، وأمّا بناء على العدم ـ كما اختاره المصنّف ﵀ في باب الشروط ـ فالأقوى هو الوجه الأوسط.

[الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع]

٩٠/١٤ـ١٥ **قوله﵀: الخامس في حكم جريان المعاطاة في غير البيع.**

جريان المعاطاة في غير البيع ٣: ٩١

أقول: الأولى ذكر ما يكون ضابطة في المسألة، وهو أنّ المعاملة التي

يراد العلم بجريان المعاطاة فيها وحصولها بالفعل مثل حصولها بالقول وعدم جريانها لابدّ أن يلاحظ، فإمّا أن يكون هناك فعل مناسب لعنوان هذه المعاملة بحيث [يكون] ذاك الفعل مصداقاً لمفهوم هذا العنوان ـ كإعطاء العين للغير بعنوان تمليك العين بعوض في البيع وبلا عوض في الهبة، وبعنوان تمليك المنفعة في الإجازة، وتمليك الانتفاع في العارية، وبعنوان الوثيقة في الرّهن إلى غير ذلك ـ فيجري فيه المعاطاة إلّا أن يكون هناك مانع عنه، كما في الرّهن بناءً على قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة مطلقاً، فإنّه مانع عن تحقّق الوثوق المعتبر في الرهن وإن لم يكن هناك فعل مناسب لعنوان المعاملة كما في الوقف بناءً على أنّه تحرير وفكّ مطلقاً، أو في مثل المساجد حيث إنّه ليس لنا فعل يناسب عنوان التحرير في المسجد بحيث يكون مصداقاً خارجيّاً لفكّ الملك، ومثل النّذر والعهد والشرط ونحوها من الالتزامات التي لايكون هناك فعل خارجيّ يكون مصداقاً لها، فلايجري فيه المعاطاة وإيجاده بالفعل لعدم وجود فعل مناسب له يصحّ إيجاده به، والفعل الغير المناسب له لايمكن أن يكون وجوداً خارجيّاً له حتّى يوجد به في الخارج، ومن هنا [تقدر] على تمييز مورد الجريان عن مورد العدم، فاغتنم.

المناقشة فيما أفاده المحقّق الثاني في معاطاة الإجارة ٣: ٩١ ـ ٩٢

قوله: ولم نجد من صرّح به في المعاطاة. ١٨/٩٠ ـ ١٩

أقول: أي بذلك المعنى فكيف أسنده إليهم كما هو ظاهر قوله: «إنّ في كلام بعضهم مايقتضي... إلى آخره»؟

قوله: فموضع نظر. ١٩/٩٠

أقول: نعم لو كان مراده من العمل مطلق العمل ولو تبرّعاً، وأمّا لو كان مراده منه خصوص العمل في مقابل الأُجرة الخاصّة المعيّنة فلا نظر فيه، فتأمّل.

ومن هنا يظهر الخدشة في منعه فيما بعد عدم استحقاق الأُجرة مع علمه بالفساد، وأنّه إنّما يتمّ لو كان مراده من الأُجرة مطلق الأُجرة، وأمّا لو أراد منها

الأُجرة المعيّنة ـ كما هو مقتضى مذهبه في المعاطاة ـ فلا.

١٩/٩٠ ـ ٢٠ **قوله: سيّما إذا لم يكن العمل تصرّفاً في عين من أموال المستأجر.**

أقول: وذلك كما إذا أمره بكنس المسجد أو المدرسة بعوض.

المناقشة فيما أفاده المحقّق الثاني في معاطاة الهبة ٣: ٩٢ـ٩٣

٢١/٩٠ **قوله: فإنّ جماعة.**

أقول: الظاهر أنّ هذا علّة للحكم في طرف المستثنى منه. وقوله: «لكن المحقّق الثاني» استدراك من الحكم في طرف المستثنى، أعني دلالته: على جريان المعاطاة على القول بالإباحة، يعني: أنّ جواز الإتلاف لا يدلّ على جريان المعاطاة في الهبة على مذهب المحقق الثاني فيها من إفادتها للملك؛ حيث إن جواز الإتلاف أعمّ من الملك، فإنّ جماعة كالشيخ والعلّامة والحلي قدس سرهم صرّحوا بإفادة الإعطاء في الهبة للإباحة الملازمة لجواز الإتلاف، وبعدم إفادتها للملك، نعم يدلّ على جريانها فيها على القول بالإباحة، لكن المحقّق الثاني لا يرى ذلك ولا يرضى به، وإنّما يرى أنّ المعاطاة عند القائلين بها تفيد الملك، والحال أنّ توقّف الملك... إلى آخره، فكيف يصحّ له إسناد إفادة المعاطاة للملك في الهبة إليهم قدس سرهم؟

٢٣/٩٠ **قوله: وممّا ذكرنا يظهر المنع.**

أقول: يعني ممّا ذكرنا في منع عدم جواز الإتلاف لو كانت هبة فاسدة أعني به ما يستفاد من قوله: «وامّا مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاة فيه» من إمكان استناد جوازه إلى إفادتها الإباحة لا الملك يظهر المنع في قوله: «بل منع عن مطلق التصرّف» لجواز التصرّف على القول بإفادتها الإباحة، نعم يمنع على هذا القول عن التصرّف المتوقّف على الملك.

٢٤/٩٠ **قوله: من الإجارة والهبة.**

أقول: في جريانها في إجارة الحرّ نفسه تأمّل.

الإشكال في جريان المعاطاة في الرهن ٣: ٩٣

قوله: ولعلّ وجه الإشكال. ٢٦/٩٠

أقول: التعبير بـ«لعلّ» من جهة أنّه خلاف ظاهر كلامه، فإنّه ظاهر في أنّ مقتضى الأصل في المعاطاة مطلقاً هو الفساد، إلّا أنّه قام الإجماع على صحّتها في البيع، وعلى هذا يكون الوجه في الإشكال عدم قيام الدّليل على الصحة في الرّهن قبال الأصل، لا ما ذكره المصنّف.

ولكن لايخفى أنّ ما يظهر منه هنا، وهو أنّ الوجه في صحّة المعاطاة في البيع انّما هو الإجماع؛ لما حكي عنه سابقاً في تحرير محلّ النزاع: من الاستناد في صحّتها إلى العمومات مثل آية التجارة عن تراضٍ، فكان الصّواب أن يستشكل بأنّ البيع لايمنع عن ثبوت حكم المعاطاة فيه الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بخلاف ماهنا فإنّه يمنع عن ثبوتها والاكتفاء بها في تحقّق الرّهن؛ لأنّ عدم اللزوم منافٍ للوثوق المقوّم لمفهوم الرّهن، فمن منع من قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة في غير المعاوضات ومنه الرّهن، كما لايبعد، فقد أجراها فيه أيضاً لإطلاق بعض أدلّته كالآية الشريفة.

قوله: وأمّا الجواز فكذلك. ٢٧/٩٠

أقول: يعني جواز الرّهن لا جواز الملكيّة؛ إذ المعاطاة على القول بها تفيد في كلّ مقام فائدة العقد المعتبر في ذلك المقام.

عدم جريان المعاطاة في الوقف ٣: ٩٤

قوله: والجواز غير معروف في الوقف من الشارع فتأمّل. ٩٠/٣٢ـ٣٤

أقول: قيل إنّه إشارة إلى أنّه لا مانع من الالتزام بجواز الوقف كما في صورة اشتراط الرّجوع في الوقف، اللهمّ إلّا أن يريد من الجواز الذي نفى معروفيّته: الجواز الذّاتي غير الناشئ من أمر خارجيّ، ولكن هذا لايقتضي المنع عن الالتزام به لو اقتضته الأدلّة.

[السادس: ملزمات المعاطاة]

٩٠/٣٥ **قوله: وأمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم.**

تأسيس الأصل في المعاطاة من حيث اللزوم والجواز ٣: ٩٦

أقول: ما ذكره هنا من عدم اللزوم على هذا القول لاينافي ما ذكره في صدر الصّفحة: من تقوية اللزوم في المعاطاة الإباحية؛ لأنّ الكلام هنا في حكم المعاطاة المقصود بها الملك على تقدير القول بإفادتها للإباحة شرعاً من حيث اللزوم والعدم، فلايجري فيه دليل لزوم الشرط؛ لأنّ ما التزما عليه وهو الملك لم يترتّب عليها، وما ترتّب عليها وهو الإباحة لم يلتزما عليه، فخلافه هناك؛ لأنّ الكلام فيه في لزوم المعاطاة المقصود بها الإباحة بعوض أو بالإباحة فيجري فيه دليل الشرط، فيكون حاكماً على دليل السلطنة فضلاً عن استصحابها، فلاتذهل.

ثمّ لايخفى عليك أنّ محلّ الكلام على هذا القول إنّما هو بناء على عدم الأوّل إلى الملك بالتلف؛ إذ على حصوله به يكون الحال عليه مثلها على القول بالملك من أوّل الأمر.

٩١/١ **قوله: لو سلّم جريانها.**

أقول: إن كان نظره في منع جريانها إلى أنّ الإذن والرخصة من المالك من مقوّمات الإباحة، فمتى حصل الرّجوع ارتفع الإذن فتختلّ روح الإباحة، ففيه: أنّ هذا إنّما يتمّ لو كانت الإباحة في المقام مالكيّة مقصودة للمالك، وقد تقدّم أنّها شرعيّة ثبتت على خلاف مقصود المالك، وليس الإذن من المالك من مقوّمات هذه الإباحة، بل يمكن منع كونه مقوّماً للإباحة المالكيّة أيضاً بالنسبة إلى مرحلة البقاء، ومن هنا رجّح في السابق لزوم الإباحة بالعوض؛ إذ لو لم يمكن بقاء الإباحة بدون الإذن لما أمكن اللزوم الرّاجع إلى بقاء الإباحة بعد الرّجوع على حالها قبله.

وإن كان نظره إلى كون الشّك في المقتضى بمعنى أنّ الشّكّ في صلاحية

الإباحة للبقاء ذاتاً مع حصول الرّجوع، ففيه منع واضح؛ حيث إنّ الرّجوع من قبيل المانع والمزاحم بحيث لولاه لبقيت دائماً، فلابدّ من التّأمّل في وجه نظره في المنع.

تلف العوضين ملزم إجماعاً ٣: ٩٦ـ٩٧

قوله: والمتيقّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين. ٣/٩١

أقول: الجواز بمعنى الإمكان. والمراد من مورد التّراد: صورة بقاء العينين.

وعلى هذا يكون ما يزول به الملك في المعاطاة من سنخ ما يحدث الملك به، فكما أنّه يحدث بالتّسليط الخارجي كذلك يزول بإزالة التسليط الحاصلة بالردّ الخارجي.

قوله: يتعلّق بموضوع التّرادّ. ٦/٩١

أقول: الإضافة بيانيّة.

قوله: لا مطلق الرّجوع.

أقول: كي يصحّ الرّجوع في العين الباقية من العينين الموهوبتين؛ لأنّ موضوع الجواز في الهبة هو الرجوع في العين الموهوبة مطلقاً، سواء أمكن الرّجوع في العين الأُخرى الموهوبة بالاستقلال عوض العين الأُولى على ماهو معنى الهبة المعوّضة.

لو تلف أحد العوضين أو بعضه ٣: ٩٧

قوله: ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك. ٨/٩١

أقول: قد يناقش فيما ذكره في صورة تلف البعض بأنّ التسليط على الكلّ متضمّن للتسليط على البعض، فبالقياس إلى التسليط على الكلّ وإن كان يمتنع الترادّ؛ إلّا أنّه بالقياس إلى التسليط الضّمني المتعلّق بالبعض ممكن، فموضوع الجواز بالقياس إليه باقٍ، كما فيما إذا باع ماله ومال غيره بالمعاطاة، فإنّه يجوز ردّه في ماله مع أنّه بعض متعلّق المعاطاة، ومجرّد الفرق بين المقيس

وبين المقيس عليه بحصول التّبعّض في الملك في الأوّل وعدمه في الثاني؛ لأنّ الملك فيه تامّ لا يتبعّض فيه، وإنّما التبعيض فيه في تأثير العقد لا في الأثر الحاصل به، غير فارق، فتأمّل جيّداً.

تلف العوضين ملزم إجماعاً ٣: ٩٦ـ٩٧

٧/٩١ **قوله: يمنع عن استصحابه فإنّ المتيقّن.**

أقول: ينبغي أن يقول: لعدم إحراز الموضوع، فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو تعلّقه بمورد إمكان التّرادّ للعينين؛ إذ لا دليل... إلى آخره.

ومن هنا يعلم أنّه ليس المقام من قبيل القسم الثاني من استصحاب الكلّي، فتدبّر.

لو تلف أحد العوضين أو بعضه ٣: ٩٧ ـ ٩٨

٨/٩١ **قوله: وأمّا على القول بالإباحة فقد استوجه.**

أقول: يعني فيما إذا تلف أحدهما أو بعضه.

٩/٩١ **قوله: وفيه: أنّها معارضة بأصالة براءة.**

أقول: يعني بضميمة عدم جواز الجمع بين الطرفين، أي استرداد الموجود وعدم ضمان بدل التّالف؛ إذ بدون هذه الضميمة لا تنافي بينهما كي يكون هناك تعارض، إلّا أنّ الشّأن في إثبات الضّميمة.

وكيف كان، فقضيّة هذا الإشكال المتوقّف على إجراء أصالة البراءة: أنّ بعض المشايخ يقول بالجواز مع حكمه بضمان العين التّالفة بالمثل أو القيمة، وإلّا فلا معنى لإجراء ذلك الأصل.

١٠/٩١ **قوله: والتّمسّك.**

أقول: هذا دفع لما يمكن أن يقال وهو أنّ الحكم بضمان التّالف إنّما هو لعموم «على اليد»، ومعه لا مجرى لأصالة البراءة حتى يعارض بأصالة بقاء السّلطنة.

وتقريب الدّفع ما ذكره في المتن، وحاصله: أنّ الضمان هنا لو كان غير مستند إلى اليد قطعاً، ضرورة عدم ثبوت اليد على المال حين الحكم بالضّمان؛

إذ المفروض تلفه حينه واليد السابقة على التلف لم تكن يد ضمان؛ لكونها بإذن المالك وتسليطه، فلا تصير يد ضمان بعد التّلف وإرادة الرّجوع؛ لأنّ الواقع لاينقلب عمّا هو عليه، فلابدّ أن يكون مستنداً إلى نفس الرّجوع بما هو هو، ومن المعلوم أنّه ليس من أسباب الضمان، فاستيجاه بعض المشايخ لضمان الرّاجع إلى العين الباقية بدل العين التّالفة خالٍ عن الوجه.

قوله: ولكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السّلطنة حاكمة. ٩١/١١-١٢

أقول: يمكن تقوية ما استوجهه بعض المشايخ، وهو الحكم بالجواز مع ضمان البدل إذا رجع، بأنّ أصالة بقاء السّلطنة التي استند إليها في الحكم بالجواز لايعارضها أصالة البراءة عن ضمان المثل والقيمة حتّى تسقط، بل الأوّل ـ من جهة كون الشّك في الضّمان وعدمه مسبّباً عن الشّكّ في بقاء السّلطنة، فيضمن إذا أعملها بالرّجوع والردّ وعدم بقائها فلايضمن ـ حاكم على الثّاني فيقدّم عليه، ولازمه الضّمان.

هذا، وفيه: أنّه إنّما يتمّ لو كان الضّمان من آثار بقاء السّلطنة شرعاً وهو في حيّز المنع؛ لأنّ إرجاع المال المباح للغير والرّجوع إليه لايوجب الضّمان، وإنّما هو من لوازم عدم جواز الجمع بين الأمرين، أي الرجوع وعدم الضّمان من الخارج، وعليه ينتفي الحكومة ويكون المورد من قبيل المعارضة؛ لعدم تسبّب الشّكّ في أحدهما حينئذٍ عنه في الآخر، وإنّما هو مسبّبان عن ذاك الأمر الآخر الخارجي.

وبالجملة: لا وجه للحكومة، كما لا وجه لما رامه بقوله: «مع أنّ ضمان التّالف ببدله معلوم» من عدم جريان أصالة البراءة عن المثل والقيمة كي تأتي مسألة التعارض أو الحكومة؛ وذلك لأنّ ضمان التّالف بالمثل أو القيمة، كما أنّه طرف العلم الإجمالي بالضّمان بالبدل في الجملة، كذلك ضمانه بالبدل الجعلي وهو العين الموجودة طرف له أيضاً، والعلم كما يمنع عن إجراء الأصل المخالف

للعلم في طرفه الأوّل، كذلك يمنع عنه في طرفه الثاني أيضاً، ولازم ذلك رفع اليد عن أصالة بقاء السلطنة بالنسبة إلى العين الموجودة لمخالفتها للعلم الإجمالي بالضّمان.

وبالجملة: العلم الإجمالي بأحد الأمرين بناءً على تنجيزه يمنع عن إجراء أصالة بقاء السلطنة في العين الموجودة المقتضية لجواز الرجوع إليها وردّها، فبعد هذا العلم كما لا أصل يعارض ـ بالكسر ـ كذلك لا أصل يعارض بالفتح.

هذا، ويمكن توجيه كلام بعض المشايخ بأنّه لعلّ نظره إلى أنّ المقابلة في المعاطاة على القول بالإباحة إنّما هي بين المالين، غاية الأمر في صرف الإباحة دون الملكيّة، فمرجع السّلطنة على إرجاع العين إلى السلطنة إلى هدم المقابلة والمعارضة في مرحلة الإباحة وجعلها من الحين كالعدم، ولازمه إرجاع العوض بنفسه لو كان موجوداً، وإلّا فإرجاع مثله أو قيمته، فتأمّل.

١٣/٩١ **قوله: فلا أصل.**

أقول: يعني لا أصل في المقام حتّى يعارض أصالة بقاء السلطنة.

١٤/٩١ **قوله: أو القيمة، فتدبّر.**

أقول: لعلّه إشارة إلى منع شمول الموضوع في قاعدة السّلطنة للمال التّالف؛ ولذا لم يتمسّك بها أحد في إثبات الضمان فيما يتمسّك به بقاعدتي اليد والإتلاف، أو إشارة إلى ما أوردنا به على المصنّف{ره} في ما قبل الحاشية السابقة.

١٥/٩١ـ١٦ **قوله: والظّاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالإباحة، فافهم.**

لو كان أحد العوضين ديناً في الذمّة ٣: ٩٨ـ٩٩

أقول: لعلّه إشارة إلى الإشكال في صحّة إباحة الدّين من جهة عدم إمكان الانتفاع به إلّا بمثل بيعه، أو جعله ثمناً في شراء شيء، وأمثال ذلك من المعاوضات، وقد تقدّم الإشكال في صحّة إباحة هذا النّحو من التصرّفات عند

عدم الدليل الخاصّ على صحّتها كما في المقام، فلا تجري المعاطاة في الدّين على القول بالإباحة حتّى يتكلّم في الجواز واللزوم.

حكم نقل العوضين أو أحدهما بعقد لازم ٣: ٩٩

قوله: بعقد لازم. ١٦/٩١

أقول: يعني اللزوم حتى من جهة الخيار أيضاً بمعنى عدم الخيار فيه؛ وذلك بقرينة عنوانه مستقلاًّ النّقل بالعقد الجائز الشامل للجائز من جهة وجود الخيار، وعلى هذا فمراده من «الفسخ» في كلامه الآتي الظاهر أنّه من باب المثال للعود، فيعمّ مثل الإرث، والعقد الجديد هو الفسخ بالإقالة.

قوله: ففي جواز التّراد على القول بالملك. ١٧/٩١

أقول: قد يبنى الجواز والعدم في المسألة على أنّ الزّائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد، ولهذه القاعدة فروع ومجارٍ في الفقه منها المقام، ومنها:

أن يبيع المفلس ماله المشترى من زيد مثلاً ثمّ فسخ، فإنّه لو لم يبعه أصلاًكان زيد أحقّ من سائر الغرماء. وأمّا في هذه الصّورة أعني صورة البيع ثمّ الفسخ والإعادة، فهل يشترك فيه الغرماء أم لا، بل يختصّ بزيد بمقتضى قاعدة أنّه من وجد منهم عين ماله أخذه ولايشترك فيه الغرماء، فهو مبنيّ على هذه القاعدة؟

وفيه: أنّه لم يقم دليل على أحد الطرفين فلايصحّ بناء فرع من الفروع عليها، بل لابدّ في كلّ مسألة من ملاحظة دليلها، فربّما يقتضي كونه كالذي لم يزل، وربّما يقتضي كونه لم يعد.

والضابط: أنّ هذا الحكم الخاصّ إن ثبت بدليل لفظيّ له إطلاق أو عموم يشمل صورة العود، فيكون كالذي لم يزل؛ وإلّا بل ثبت بدليل لبّيّ أو بدليل لفظيّ ليس له إطلاق كذلك، فيكون كالذي لم يعد.

قوله: فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني. ١٩/٩١

أقول: يعني به المباح له المتصرّف فيه بالنّقل؛ لأنّه ثانٍ بالنسبة

إلى المبيح.

١٩/٩١ ـ ٢٠ **قوله: بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك لعدم تحقّق التّرادّ.**

أقول: محصّل وجه الأولويّة: أنّ منشأ جواز الترادّ على القول بـالملك: تسلّط المالك الأوّل على إخراج ما كان ملكاً له عن تحت ملكيّة الغير الثّابتة له شرعاً بعد انقطاع ما كان له من السّلطنة على التصرّف بالمعاطاة.

فبعد فسخ التصرّف النّاقل، وعود العين إلى المالك الثاني ـ أي المـالك بالمعاطاة ـ يتحقّق أركان الاستصحاب: من اليقين بـتحقّق السـلطنة للـمالك الأوّل على إزالة ملك المالك الثاني، والشكّ في زوالها لاحتمال مدخليّة عدم طروّ التصرّف النّاقل في بقائها مع قطع النظر عن إشكال الشّك في المـوضوع، وأنّه عبارة عن مطلق إمكان الترادّ أو إمكان التّرادّ الغـير المـلحوق بـالتصرّف الناقل.

وهذا بخلافه على القول بالإباحة، فإنّ منشأ جواز التّرادّ الثابت ـ قـبل التصرّف الكذائي بناء عليه ـ هو السلطنة الأوّليّة الثابتة له في ماله قبل المعاطاة، لا السّلطنة الجديدة الحادثة بـعد ارتـفاع الأُولىٰ، ومـن المـعلوم أنّـه يـرتفع بالتصرّف قطعاً لارتفاع موضوعها به، أعني كونه مالاً للمالك الأوّل.

فعلم أنّ معنى قوله: «لعدم تحقّق جواز الترادّ في السابق هنا» هو عـدم ثبوت جواز التّرادّ، بمعنى إخراج كلّ مـنهما عـن مـلك المـتصرّف المـباح له بالتصرّف في الزّمان السابق على التصرّف؛ لأنّ الثابت المحقّق فيه جواز التّرادّ، بمعنى إخراجه عن عنوان جواز التصرّف في مال الغير الحاصل بالمعاطاة على القول بالإباحة الناشئ من أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل، وهو المبيح عـلى ملكه المقطوع بانتفائها بالعقد لانتفاء موضوعها، وهو كون المال للمبيح وزواله بمجرّد النّقل، وهذان الجوازان متغايران.

٢٠/٩١ ـ ٢١ **قوله: نعم لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد.**

أقول: لم أفهم الفرق بين كاشفيّة العقد وبين كاشفيّة التصرّف النّاقل، ويمكن أن يفرّق بينهما: بأنّ المراد من الأوّل كون المنكشف بالتصرّف هو سبق الملك على التصرّف، ومن الثاني كون المنكشف بالعقد هو حصول الملك وحدوثه به لا سبقه عليه، بأن يحدث بالعقد النّاقل أمران على الترتيب: دخول المال في ملك الناقل، ثمّ بلا فصل منه دخوله في ملك المنقول إليه، وعليه لا إشكال فيما رتّبه عليه بقوله: «كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التّرادّ»، وكذلك لا إشكال في وجه ضعفه الذي أشار إليه بقوله في الذّيل: «لكن الوجهان ضعيفان، فتأمّل».

هذا، وإن كان يساعد عليه ذكر لفظ السّبق في السّابق دون المقام، إلّا العبارة الثانية لاتساعد عليه؛ إذ التّعبير المناسب له أن يقول: نعم لو قلنا بأنّ التصرّف والعقد يكشف عن الملك لا عن سبقه فإذا فرضنا... فافهم.

قوله: وإن كان مباحاً لغيره. ٢١/٩١

أقول: أي لغير المالك الأوّل قبل المعاطاة، والمراد من الغير هو المباح له. وكلمة «إن» وصليّة.

لو كان الناقل عقداً جائزاً ٣: ١٠٠

قوله: ولو كان النّاقل عقداً جايزاً. ٢٣/٩١ ـ ٢٤

أقول: يعني العقد المعاوضي الجايز ولو لأجل الخيار، ولاينافي ذلك ما ذكره في فروع النقل بالعقد اللازم من قوله: «ولو عادت العين بفسخ»؛ إذ المراد من الفسخ هناك كما مرّ هو الفسخ بالإقالة لا الخيار؛ لأنّه خلاف فرض لزوم العقد، وإرادة لزومه من غير جهة الخيار يمنع عنها عنوان الفرع المذكور مستقلّاً، مع أنّه من جملة أفراد ما نحن فيه.

قوله: لكون المعاوضة كاشفة. ٢٥/٩١

أقول: يعني بالمعاوضة العقد المعاوضي الجائز.

لو كان الناقل غير معاوضة ٣: ١٠٠-١٠١

قوله: نعم لو كان غير معاوضة.

أقول: هذا الاستدراك راجع إلى خصوص قوله: «وكذا على القول بالإباحة» لا إليه ولا إلى مقابله معاً.

ووجهه واضح يعني: ما ذكرنا على القول بالإباحة ـ من لزوم المعاطاة بنقل إحدى العينين بالعقد الجائز؛ لعدم جواز إلزام المالك للنّاقل على هدم العقد وإرجاع العين، وعدم جواز هدم المالك إيّاه بنفسه ـ إنّما هو فيما إذا كان النّاقل الجائز من المعاوضات.

وأمّا لو كان من غيرها كالهبة الجائزة ـ بناء على كون القبض فيها شرط اللزوم لا جزء السبب الناقل، وقلنا بأنّ مطلق التصرّف لا يوجب ملكيّة المتصرّف وإن أطلقه جماعة، بل الموجب له هو التصرّف المتوقّف جوازه عقلاً أو شرعاً على مالكيّة المتصرّف، والهبة ليست كذلك لصحّتها، من المباح له الغير المالك لعدم ما يمنع عنها شرعاً؛ إذ لم يرد فيها مثل قوله: «لا هبة إلّا في ملك» كما ورد في البيع والعتق والوطء، ولا عقلاً؛ إذ لا عوض هنا حتى لا يعقل... إلى آخر ما ذكره المصنّف ـ فالهبة ناقلة للملك عن المالك لا عن الواهب، فيتحقّق الحكم الذي هو جواز الرّجوع في العين الموهوبة بالنسبة إلى المالك.

يعني: يجوز الرّجوع للمالك؛ لأنّه بنفسه سلطان المال ولا يكون للواهب أصلاً، أي يكون جواز الرّجوع للمالك خاصّة قبال كونه للواهب كما هو ظاهر المصنّف؛ لأنّ الواهب إنّما جاز وأُبيح له التصرّف في مال الغير شرعاً على خلاف قصد المتعاطين على خلاف الأصل، فيقتصر على القدر المتيقّن وهو أصل التصرّف دون الرّجوع فيه وإزالته، أو يجوز له ذلك أيضاً قبال كون جوازه لخصوص الواهب، بحيث لا يكون ذلك للمالك أصلاً، كما قد يحتمل بدعوى شمول التصرّف في كلمات الأصحاب لمثل ذلك أيضاً، اتجه الحكم بجواز

المعاطاة وعدم لزومها بهذا النحو من النقل، لإمكان التّرادّ مع بقاء العين الأُخرىٰ عند من أخذها ونقلها إلى الغير بالنّقل الجائز الغير المعاوضي؛ إذ لو نقلها بعقد المعاوضة كان حكمها حكم التّلف.

ومن هنا علم أنّ التعبير بالعود في المواضع الثلاثة غير مناسب لفرض المسألة، بل مضرّ بالمقصود.

قوله: وعودها إلى مالكها. ٢٧/٩١

أقول: الظاهر وقوع الغلط في النّسخة، والصّواب بدله «أو نقلها إلى الغير» بهذا النحو من النقل وهو الهبة؛ إذ لو نقلها بوجه آخر يعني به المعاوضة كان حكمه حكم التّلف، فراجع النسخ المصحّحة.

لو باع العين ثالث فضولاً ٣: ١٠١

قوله: على القول بالملك لم يبعد. ٢٨/٩١

أقول: ليس له الإجازة وهو دور صرف، وليس هنا دليل على صحّة الإجازة حتى يلتزم بتحقّق الرّجوع والملك قبل الإجازة، وحال بيعه وسائر تصرّفاته من هذه الجهة كحال إجازته.

وبالجملة: الحكم مبنيّ على كون إجازته وكذلك بيعه رجوعاً، فله الإجازة وعدمه، فليس له ذلك، والظاهر هو الثّاني للأصل، حيث لا دليل على الأوّل من الخارج، فلايمكن إثباته إلّا على وجه دائر، فتدبّر.

قوله: وينعكس الحكم. ٢٩/٩١

أقول: ينعكس حكم الإجازة في الفرض إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة، فينفذ إجازة المالك الأوّل وهو المبيح بغير إشكال، وفي نفوذ إجازة المالك الثاني ـ أعني المباح له ـ إشكال: من أنّ المنافع له فينفذ، ومن أنّ العين للغير فلاينفذ، ولعلّ الثاني أظهر.

قوله: ولكلّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر.

أقول: من دون فرق في ذلك بين القول بالإباحة والقول بالملك، إلّا أنّه

على الثاني يكون رجوعاً في المعاطاة، إذا صدر من المعطى مثل إجازته؛ إذ لا سلطنة له على ذلك إلّا بذلك.

وبالجملة: الرّدّ من الرّاد مثل الإجازة من المجيز حتى في الإشكال والوضوح.

قوله: ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني.

أقول: يعني لو رجع المالك الأوّل عن المعاطاة وردّها، فأجاز المالك الثاني العقد الفضولي.

٣٠/٩١ **قوله: ويحتمل عدمه.**

أقول: هذا هو المتعيّن.

لو امتزجت العينان أو إحداهما ٣: ١٠١

٣١/٩١ **قوله: ويحتمل الشركة، وهو ضعيف.**

أقول: لأنّ الشركة فرع بطلان المعاطاة بالرّجوع، وهو فرع جوازها في صورة الامتزاج، وهو فرع جواز التّراد وإمكانه، وهو ممتنع، ولا أقلّ من الشّكّ في إمكانه وامتناعه، ومعه لا مجال لاستصحاب الجواز، لعدم إحراز بقاء الموضوع، فيرجع إلى أدلّة اللزوم.

لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة ٣: ١٠١-١٠٢

٣٤/٩١ **قوله: ثمّ إنّك قد عرفت ممّا ذكرنا.**

أقول: يعني بالموصول قوله في السّابق: «ولم يثبت قبل التّلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري» إلى قوله: «هذا مع أنّ الشكّ». ولايخفى أنّا عرفنا من هذا أنّ موضوع هذا الجواز إنّما هو صورة إمكان التّرادّ، وأمّا أنّه حقّ فيورث أو حكم فلايورث، فلم نعرفه أصلاً؛ ضرورة أنّه أعمّ من كل منهما، ولا دلالة للأعمّ على الأخصّ بل يقيناً في شكّ من ذلك، فيرجع إلى أصالة عدم ثبوت جواز الرّجوع للوارث بعد موت المورّث كما لم يكن له قبله.

وهذا هو المراد من الأصل في قوله في ذيل العبارة «للأصل»، ويحتمل أن يراد منه أصالة بقاء الملكيّة الثابتة قبل الرّجوع فيما بعده، وقوله: «لأنّ من له

الرّجوع» علّة للرجوع إلى ذلك الأصل بأيّ معنى كان لا إلى استصحاب جواز الرّجوع، يعني لأنّ موضوع جواز الرّجوع في السابق إنّما كان المالك الأصلي ـ أي المورّث ـ وهو منتفٍ بالفرض، ومعه لايجري استصحاب الجواز في حقّ الوارث حتّى يرجع إليه ويقدّم على أصالة بقاء الملك للقطع بانتفاء ذلك في السّابق.

[السابع: المعاطاة بعد التلف]

هل المعاطاة بعد التلف بيع أو معاوضة مستقلّة؟ ٣:١٠٣

قوله: ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التّلف أو معاوضة مستقلّة. ٢/٩٢ ـ ٣

أقول: قال في ضمن المباحث العشرة التي عقدها لتمام تنقيح محلّ الكلام في المعاطاة ـ في شرح قول المحقّق: «ولا يكفي التّقابض من غير لفظ» ـ ما لفظه: «الثامن: على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة، فهل يصير بيعاً أو معاوضة برأسها، يحتمل... إلى آخر ما نقله المصنّف في المتن» مراده من الوجوه المذكورة، هو تلف العينين، وتلف إحداهما وتلف بعض إحداهما، وامتزاجهما، وامتزاج إحداهما، ونقل العينين أو إحداهما بناقل لازم، وحيث إنّ مناط اللزوم بغير التلف إنّما هو من جهة كونه بمنزلة التّلف، اقتصر المصنّف بالتّلف وقال: «بعد التلف».

وعلى أيّ حال، ظاهر التعبير بالصيرورة أنّ المعاطاة من حين وقوعها إلى زمان لزومها لم تكن مندرجة تحت واحد منهما؛ لاعتبار الملك في صدق المعاوضة بين المالين أيضاً مثل البيع، والمفروض عدمه؛ إذ الظاهر كما سيصرّح به المصنّف : أنّه تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة، وإنّما تنقلب إلى أحدهما بعد التلف واللزوم بلا إشكال في أصل الانقلاب؛ وإنّما الإشكال في أنّ المتقلّب إليه بيع أو معاوضة مستقلّة.

وعلى هذا، فما ذكره في وجه الاحتمال الثاني من عدم إمكان انقلابها

إلى البيع بعد عدم كونها بيعاً إجماعاً، يشكل بأنّه معارض بالمثل؛ ضرورة عدم إمكان الانقلاب إلى المعاوضة أيضاً بعد أن لم تكن كذلك حين الوقوع، واحتمال الانقلاب القهري جارٍ فيهما على حدٍّ سواء.

٣/٩٢ قوله: لأنّ المعاوضات محصورة.

أقول: هذا التعليل غير وافٍ بالمعلول وهو بيعيّة المعاطاة، بل منافٍ له لو أُريد من المعاوضات عند إرجاع ضمير إحداهما إليها ما يعمّ البيع؛ إذ لازمه نفي البيعيّة عنها ولو أُريد منها ما عدا البيع، فمن المعلوم أنّ مجرّد عدم الدّليل على كونها معاوضة لايكفي في كونها بيعاً، بل لابدّ فيه أيضاً من قيام دليل عليه، وهو منتفٍ، بل قضيّة استصحاب عدم البيعيّة قبل التّلف الثابت بدليل خارجيّ وهو الإجماع لو ثبت الموجب للخروج عن تحت أدلّة البيع فيما بعد التّلف هو الحكم بالإباحة بعد التّلف كما قبله، فيكون وجهاً ثالثاً في المسألة أقوى منهما، وكفى الاستصحاب دليلاً عليه.

نعم لو كان المرجع في مثل المقام ممّا كان هناك عامّ، وخرج فرد منه في زمان ما، وشكّ في حكم هذا الفرد فيما بعد هذا الزّمان هو العام، لا استصحاب حكم المخصّص كما قوّيناه في جميع صور المسألة في شرحنا على الكفاية، وتطّلع عليه في خيار الغبن عند الكلام في أنّه على وجه الفور أو التّراخي، لصحّ تعليل البيعيّة بذلك.

وبالجملة: إن كان المرجع في مثل المسألة هو الاستصحاب فالأقوى هو الوجه الآخر غيرهما، وهو لزومها على نحو الإباحة، وإن كان هو العامّ فالأقوى صيرورتها بيعاً؛ لأدلّة البيع مع عدم الدليل على كونها معاوضة برأسها.

٥/٩٢ قوله: لو كان التالف الثّمن أو بعضه.

أقول: لعلّ وجه التقييد بذلك هو اختصاص خيار الحيوان المتوقّف على وجود البيع حين وجوده توقّف وجود الحكم على وجود موضوعه بصورة

بقائه؛ إذ مع تلفه ينفسخ البيع لقاعدة «كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له»، فكون المعاطاة بتلف الحيوان حتّىٰ يثبت فيه خيار الحيوان موقوف على عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ إذ يلزم من ثبوته انفساخه المستلزم لعدم ثبوته، وما يلزم من وجوده عدمه فهو محال.

قوله: كلّ محتمل.

أقول: منشأ الأوّل: احتمال كون موضوع الخيار مطلق البيع العرفي الفعلي أعمّ من البيع الشّرعي الفعلي والبيع الشّرعي الشأني، أي البيع بالمآل، وهذا الثاني موجود في المقام.

ومنشأ الثاني: احتمال اعتبار البيع الفعلي عرفاً وشرعاً في موضوعه، والأقوىٰ هو الأول.

وبالجملة: حال المقام مثل حال بيع الصّرف بالنسبة إلى مبدأ خيار المجلس: هل هو من حين العقد ولو كان قبل القبض، أو من حين القبض؟

قوله: ويشكل الأوّل.

أقول: يحتمل أن يكون المراد من الأوّل والثاني احتمالي كونها بعد التّلف بيعاً أو معاوضة، كما يظهر من صاحب الجواهرﷺ حيث قال في مقام الإشكال عليه بأنّ كلامهﷺ غير منقّح، خصوصاً إشكاله في كونها معاوضة بأنّ التصرّف ليس معاوضة، يعني: يشكل صيرورتها بيعاً بأنّها ليست بيعاً قبل التّلف فكيف تصير بيعاً بعده؟ وكذلك صيرورتها معاوضة مستقلّة بعده بأنّها لم تكن معاوضة قبل التّلف، والتصرّف ليس معاوضة، فكيف يصير معاوضة بالتصرّف؟

ويحتمل أن يكون المراد منهما: احتمالي كون مبدأ الثلاثة من حين المعاطاة، أو من حين اللزوم على ما فهمه سيّدنا العلّامة الأُستاذ قدّس سرّه الشريف، يعني: يشكل احتمال كون مبدأ الخيار من حين المعاطاة بالتزامهم بأنّها ليست بيعاً قبل التّلف، والخيار من مبدأ الثلاثة إلى تمامها من أحكام البيع

فلايثبت قبله، واحتمال كونه من حين اللزوم بأنّ التصرّف والتّلف ليس بيعاً بنفسه، والمفروض أنّ المعاطاة أيضاً ليست بيعاً حين الوقوع ، فلا بيع بعد التلف حتّى يثبت فيه الخيار.

والأظهر ما ذكره صاحب الجواهر وإلّا يكون الإشكال على الثاني بأنّ التصرّف ... إلى آخره خلاف ما فرضه أوّلاً بقوله: «وعلى تقدير ثبوته من صيرورتها بيعاً بالتصرّف»؛ لأنّ فرض ثبوت الخيار ملازم لفرض بيعيّتها بعد التلف، مضافاً إلى أنّ المناسب حينئذٍ تبديل المعاوضة بالبيع.

وعلى ما ذكرنا من أظهريّة ما ذكره صاحب الجواهر لعلّ الوجه في تخصيص ما ذكره من التوجيه بقوله: «اللهمّ إلّا أن يقال» بالإشكال على الاحتمال الثاني، هو عدم جريانه بالنسبة إلى الإشكال على الاحتمال الأوّل، بدعوى أنّ التلف ليس جزءاً للبيع قطعاً، وهذا بخلاف المعاوضة المستقلّة؛ فإنّه يمكن أن يكون جزءاً بالنسبة إليها.

وفيه ما لايخفىٰ من المجازفة، فالأولى أن يقال: إنّ التوجيه المذكور راجع إلى كلا الشّقّين.

٦/٩٢ـ٧ **قولهتِئِّ : والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنّها ليست بلازمة.**

أقول: ظاهر قوله: «بناء...» أنّ المختار عندهرحمه الله على تقدير ثبوت خيار الحيوان أنّ مبدأه من حين المعاطاة؛ إذ لو كان من حين اللزوم لما كان معنى لهذا البناء والتقييد، ضرورة لزومها حينئذٍ، وإلّا لزم الخلف؛ إذ المفروض لزومها بالتّلف، فالذي يمكن القول فيه بعدم لزومها قبال المفيدتِئِّ هو زمان ما قبل التّلف إلى آن وقوعها، ولازم ذلك التّقييد وصريح قوله: «وإنّما يتمّ على قول المفيد» أنّه لو كانت لازمة قبل التّلف لثبت خيار الحيوان، ومن المعلوم أنّه من مختصّات البيع، فلابدّ أن يكون كلامه مبنيّاً على كون المعاطاة بيعاً لكن شأناً

وباعتبار المآل، لا فعلاً وباعتبار الحال، لإطباقهم على عدم كونها بيعاً حين الوقوع.

فعلى هذا يكون معنى العبارة: أنّ الأقوى عندي مع فرض كون المعاطاة بيعاً بعد التّلف حقيقة، ومع فرض كفاية البيع الشّأني الاقتضائي في موضوع خيار الحيوان المتحقّق في المعاطاة قبل التّلف حسب فرض صيرورتها بيعاً بعده: عدم ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة قبل التّلف؛ لأنّها ليست لازمة حينئذٍ على ما اتّفقت عليه كلمة غير المفيد، ويعتبر في ثبوت خيار الحيوان في البيع مطلقاً ولو الاقتضائي منه أن يكون لازماً بالفعل من غير جهة الخيار، والمعاطاة ليست كذلك حسب الفرض.

هذا ما خطر ببالي في شرح العبارة إلّا أنّ مبناه ـ وهو كفاية البيع الشّأني في تحقّق موضوع خيار الحيوان ـ محل نظر، بل منع.

قوله: وأمّا خيار العيب والغبن. ٧/٩٢

أقول: يحتمل أن يكون هذه الفقرة راجعة إلى قوله: «كخيار الحيوان»، ويكون المراد من التقديرين في العبارة: تقديري صيرورة المعاطاة بيعاً ومعاوضة مستقلّة، يعني: وتظهر الثمرة بين الاحتمالين في الأحكام المختصّة بالبيع مثل خيار الحيوان، وأمّا الأحكام الغير المختصّة به ـ كخياري العيب والغبن ـ فلا تظهر الثمرة فيهما لثبوتهما على كلا الاحتمالين معاً.

ويحتمل أن يكون راجعة إلى قوله: «والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان»، وحينئذٍ يكون المراد من التقديرين: تقديري اللزوم قبل التّلف وعدم اللزوم كذلك، وبعبارة أُخرى: تقديرا[1] القول بمقالة المفيد والقول بمقالة غيره.

وعلى كلا الاحتمالين يشكل قوله: «كما أنّ خيار المجلس منتفٍ» بلحاظ ظاهر السّياق، وهو انتفاؤه على التقديرين، والإشكال أمّا على الأوّل:

---

(١) في الأصل: تقديري.

فلاستلزامه عدم ثبوت خيار المجلس في البيع، والحال أنّه من مختصّاته؛ وأمّا على الثاني فلاستلزامه انتفاء خيار المجلس على تقدير القول باللزوم أيضاً لولا الخيار، ولايمكن الالتزام به؛ إذ لايبقى حينئذٍ مورد لخيار المجلس؛ إذ بعد القول باللزوم لا فرق بينه وبين البيع العقدي القولي، فإذا لم يجرِ في الأوّل لايجري في الثاني أيضاً.

هذا، ويمكن أن يقال: إنّ هذا الإشكال يرد لو كانت العبارة الأخيرة راجعة إلى قوله: «وأمّا خيار العيب والغبن»، وأمّا لو كانت راجعة إلى قوله: «والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان» ـ كي يكون محصّله التفصيل في ثبوت خيار المجلس وعدمه مثل خيار الحيوان بين القول باللزوم قبل التلف وبين القول بعدمه، ويكون المعنىٰ: أنّ خيار المجلس منتفٍ بناء على عدم لزوم المعاطاة، وإنّما يتمّ على قول المفيد ـ فلايرد؛ فتأمّل فإنّه وإن كان خلاف الظاهر إلّا أنّه لا بأس به في مقام دفع الإشكال.

٨/٩٢ قوله: فيلغى الكلام في كونها معاوضة مستقلّة.

تفريع هذا البحث على القول بالإباحة ٣: ١٠٣ـ١٠٤

أقول: الظاهر وقوع الغلط في النّسخة، والصحيح «ينبغي» بدل «يلغي»، وذلك بقرينة قوله: «أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم»، أي قبل التّلف المسبّب عنه اللزوم، فإنّ أحد المحتملين في كلام الشهيد الثاني ﷺ صيرورتها بيعاً بعد التّلف، أي بعد اللزوم الحاصل به لاكونها بيعاً قبله، وعلى هذا فالصحيح «الواو» بدل «إذ» في قوله: «إذ الظاهر أنّه عند القائلين».

وغرضه من هذا الكلام: بيان اختيار الشقّ الثاني وهو البيعيّة قبل التّلف على القول بإفادة المعاطاة للملك.

١٠/٩٢ قوله: الذي مبناه على اللزوم.

أقول: يعني اللزوم من أوّل الأمر.

قوله: وقد تقدّم أنّ الجواز هنا.

أقول: هذا دفع لما يتوهّم أن يقال: وحاصل التوهّم أنّ المعاطاة أيضاً على القول بالملك بيع مبناه على اللزوم لولا الخيار، فيجري فيها أيضاً حكم هذا النّحو من البيع.

وحاصل الدّفع: أنّ هذا يتمّ لو كان الجواز في المعاطاة بمعنى ثبوت الخيار وقد تقدّم... إلى آخر ما ذكره.

الأقوى أن المعاطاة بعد التلف بيع ٣: ١٠٤

قوله: عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر. ١٢/٩٢

أقول: يشكل هذا الاستثناء بأنّ أدلّة جميع أحكامه كذلك، فلايترتّب عليه شيء من أحكامه.

عن الشهيد أنها معاوضة مستقلّة ٣: ١٠٤-١٠٥

قوله: فلابدّ أن يقول بالإباحة اللازمة فافهم. ١٣/٩٢ ـ ١٤

أقول: لعلّه إشارة إلى دفع توهّم أنّه كيف يحتمل القول بلزوم، والحال أنّ جوازها مجمع عليه؟

وحاصل الدّفع: أنّه إنّما يرد لو كانت «أو» في كلامه للتّرديد، وليس كذلك وإنّما هو للتنويع، يعني جائزة تارة كما في صورة بقاء العينين ولازمة أُخرىٰ كما في مقابلتها.

[الثامن: المعاطاة والتمليك أو الإباحة]

العقد غير الجامع لشرائط اللزوم معاطاة أم لا؟ ٣: ١٠٦

قوله: أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع. ١٥/٩٢

أقول: يعني أمّا إذا حصل إنشاء التّمليك أو الإباحة بالقول الغير الجامع لبعض الأُمور التي يشترطها المشهور في اللزوم مثل: الماضويّة وتقدّم الإيجاب على القبول والموالاة ونحو ذلك، فإن خالفنا المشهور في ذلك وقلنا بأنّه لايشترط في اللزوم شيء زائد على الإنشاء اللفظي، وإنّما يشترط فيه مطلق الإنشاء القولي ولو تجرّد عن الماضويّة ونحوها ممّا اعتبره المشهور كما قوّيناه سابقاً؛ بناءً على حصول التخلّص بمجرّد اعتبار مطلق اللفظ في اللزوم عن محذور مخالفة اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ، بأن نعتني

بهذا الاتّفاق ونسلّمه منهم، وإلّا فلا نعتبر اللفظ في اللزوم أصلاً، فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك القول الغير الجامع عقداً لازماً ، وأنّـه لايـحكم عـليها بحكم المعاطاة من إفادة الملك الغير اللازم أو الإباحة.

١٦/٩٢ـ١٧ **قوله: وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار.**

أقول: قد يورد على هذا التحرير : أنّه غلط كيف يقع من الأعـلام؟ لأنّ القول الغير الجامع لشرائط اللزوم إمّا أن يكون جامعاً لشرائط الصّحّة وإمّـا لا، فعلى الأوّل لاريب في كونه صحيحاً، فحينئذٍ يكون مرجع النزاع المذكور إلى أنّ البيع الصحيح الحاصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم: هل هو في حكم المعاطاة وأنّه بيع صحيح مفيد للملك الغير اللازم أو إباحة؟

ومرجع ذلك إلى النّزاع في أنّ البيع بيع أو إباحة وهو غلط، وعلى الثاني، إمّا ليس ببيع بأن قيل: لوضع البيع للصحيح، أو بـيع فـاسد بأن قـيل: بـوضعه للأعمّ، فعلى هذا يكون مرجع النّزاع المذكور إلى أنّ البيع الفـاسد أو مـا ليس ببيع، هل هو معاطاة، أي بيع صحيح مؤثّر في الملك كما هو المشهور؛ بناء على تأويل المحقّق الثاني لكلماتهم؛ أو إباحة كما هو المشهور، بناء على ظـواهـر كلماتهم؟ وهذا أيضاً غلط ظاهر.

ويمكن الذّبّ بأنّا نختار الثاني، وأنّ الفاقد لشرائط اللزوم فاقد لشرائط الصحّة؛ لأنّ شرائط اللزوم شرائط الصّحّة أيضاً، فيكون الفاقد لشرائط اللـزوم بيعاً فاسداً أو غير بيع بالمرّة، ونقول: بأنّ المشروط صحّته بتلك الشّروط هـو البيع الخاصّ والفرد المخصوص من كلّي البيع وهو البيع بـالصّيغة ، لا الكـلّي الجامع بينه ومقابله وهو البيع بلا صيغة، فحينئذٍ يكون مآل النّزاع المذكور إلى أنّ الذي لايكون بيعاً صحيحاً خاصّاً ـ أي بيعاً بالصّيغة ـ هل هو بيع معاطاة أم لا؟ وهذا مثل أن يقول: هذا الشّيء ليس بفرس، وهل هو بغل أم لا بل حمار؟

ومنشأ هذا النزاع هو الشّكّ في أنّ الصيغة المخصوصة وتلك الشـروط

معتبرة في خصوص هذا الفرد الخاصّ، أو معتبرة في أصل الكلّي الجامع بينه وبين الفرد الآخر، فتدبّر.

ظاهر جماعة كونه معاطاة ٣: ١٠٧

قوله: كان معاطاة. انتهىٰ. ٢٠/٩٢

أقول: قال بعده: لايلزم إلّا بذهاب العينين.

قوله: وفي الرّوضة ـ في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النّطق ـ: أنّها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصّريح.

أقول: دلالة هذا الكلام على إجرائه ﷺ حكم المعاطاة على الإنشاء القولي الغير الجامع لشرائط اللزوم الذي هو محلّ الكلام هنا، إنّما هي من جهة أنّه يستفاد منه أنّ تمام المناط في إجراء حكم المعاطاة على الإشارة هو الإفهام الصّريح للمقصود، ومعلوم أنّ هذا المناط موجود في موضوع البحث بوجه آكد.

ظاهر آخرين عدم كونه معاطاة ٣: ١٠٧

قوله: وظاهر تصريح جماعة. ٢١/٩٢

أقول: هذا مبتدأ خبره «هو الوجه الأخير».

الجمع بين القولين ٣: ١٠٨

قوله: بعدم الرّضا بالتصرّف. ٢٧/٩٢

أقول: هذا متعلّق بالقطع.

قوله: فإن تراضيا. ٢٨/٩٢

أقول: هذا في مقام المعادل لقوله: «إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التّصرّف» بيان لمورد كلام المحقّق والشّهيد الثانيين ومن تبعهما، يعني: ربّما يجمع بين الحكم بالضّمان في المقبوض بالعقد الفاسد وبين الحكم بجريان حكم المعاطاة وهو الملازم للحكم بعدم الضمان فيه، ويقال بأنّ مورد الأوّل صورة العلم بعدم الرّضا بالتصرّف على تقدير البطلان، ومورد الثاني صورة العلم بتجدّد الرّضا به بعد العلم بالفساد.

المناقشة في الجمع المذكور ٣: ١٠٩ـ١١٠

٢٩/٩٢ **قوله: أقول المفروض.**

أقول: لمّا كان كلام الجامع في بيان مورد كلام المحقّق الثاني قد اشتمل على أمرين:

أحدهما: حصول المعاطاة بالتراضي الجديد الحاصل بعد العقد والعلم بالفساد، وقد أفاد هذا الأمر بقوله: «فإن تراضيا» إلى قوله: «ورجعت إلى المعاطاة».

وثانيهما: تحقّق المعاطاة بالتّراضي الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقيّده بصحّة المعاملة، وقد أفاد هذا الأمر بقوله: «كما إذا علم الرّضا من أوّل الأمر»؛ تعرّض المصنّف للجواب عن الثاني أوّلاً بقوله: «المفروض...»، وثانياً بقوله: «مع أنّك عرفت...».

وللجواب عن الأوّل بقوله: «ومنه يعلم فساد»، أي من أنّ ظاهر كلام الشهيد والمحقّق، فقوله: «المفروض...» ردّ لقول الجامع، كما إذا علم الرّضا من أوّل الأمر.

٣٣/٩٢ **قوله: ومنه يعلم.**

ردّ لقوله: «فإن تراضيا».

٢/٩٣ **قوله: فهذا ليس إلّا التراضي السّابق.**

أقول: يعني أنّ هذا التراضي الحادث ليس من حيث المتعلّق، ولكن هذا بناء على كون المقصود بالمعاطاة هو التمليك كما عند المشهور، سيّما المحقّق الثاني ﷺ؛ إذ حينئذٍ يكون معنى التراضي على وجه المعاطاة هو التّراضي على وجه التمليك والتملّك، وهو عين التراضي السابق على هذا التراضي الجديد، أعني التراضي الحاصل في ضمن الإنشاء القولي، حيث إنّ متعلّقه أيضاً كان التّمليك والتملّك، فإذا لم يكن هذا النّحو من التراضي كافياً في حصول الملكيّة إذا حصل في السّابق، فكيف يكون كافياً في حصولها إذا حصل في اللاحق، مع

عدم تفاوت بينهما من غير جهة الزمان؟

وكيف كان، قوله: «على ملكيّة كلّ منهما لمالك الآخر» متعلّق بالتراضي لا بالسّابق.

قوله: فلايجوز له أن يريد. ٣/٩٣ ـ ٤

أقول: هذا تفريع على قوله «خصوصاً المحقّق الثاني»، و «التّراضي الجديد» مفعول «يريد»، يعني: لايجوز للمحقّق الثاني القائل بإفادة المعاطاة للملك أن يريد من التراضي في كلامه المتقدّم عن صيغ العقود: التراضي الجديد المنحصر في التّراضي لا على وجه المعاوضة، والمعاطاة بقصد التّمليك والتّملّك، بل على وجه الإباحة وبقصدها؛ لأنّ التراضي على وجه المعاوضة والمعاطاة ليس تراضياً جديداً، بل هو عين التراضي السّابق على هذا الآن كما مرّت الإشارة إليه؛ لمنافاته للقول بالملكيّة فلابدّ أن يريد به عين التّراضي السابق، وعليه يبطل الجمع المذكور ويبقى التّنافي بين الكلامين على حاله.

تفصيل الكلام في صور المسألة ٣: ١١٠

قولهﷺ: وتفصيل الكلام. ٥/٩٣

أقول: يعني تفصيل الكلام في تحقيق أصل المطلب المعنون في هذا التنبيه وبيان المختار فيه، لا تفصيل الكلام في الجمع بين الكلامين ورفع التنافي من البين.

حرمة التصرّف في هاتين الصورتين ٣ : ١١١

قوله: ممّا لا إشكال في حرمة. ٨/٩٣

أقول: الظاهر سقوط كلمة «فيه» من بين الإشكال ولفظة «في».

قوله: بحيث لولاها. ١١/٩٣

٣ ـ الرضا بالتصرّف مستقلاً عن العقد ٣: ١١١

أقول: الجارّ متعلّق بـ«وقع»، وقوله: «وكان المقصود» عطف على قوله: «لولاها كان الرّضا أيضاً موجوداً» من عطف العلّة على المعلول.

قوله: ولايبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره إلى هذا. ١٣/٩٣ ـ ١٤

أ ـ كفاية الرضا الارتكازي ٣: ١١٢

أقول: يعني به ما تقدّم ذكره في كلام الجامع من قوله: «كما إذا علم الرّضا من أوّل الأمر بإباحتهما التّصرّف بأي وجه اتّفق».

عقد البيع وشروطه

- خصوصيات ألفاظ عقد البيع
- ألفاظ الإيجاب والقبول
- القول في الموالاة
- التنجيز في العقد
- التطابق بين الإيجاب والقبول
- الإيجاب والقبول وجواز الإنشاء
- اختلاف المتعاقدين
- أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

[عقد البيع وشروطه]

[● خصوصيّات ألفاظ عقد البيع]

اعتبار اللفظ في العقود ٣: ١١٧

٢٣/٩٣ **قوله: في خصوص ألفاظ البيع.**

أقول: يعني خصوصيّاتها من حيث المادّة والهيئة.

قوله: قد عرفت أنّ اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود ممّا نقل عليه الإجماع.

أقول: مقتضى إطلاقات أدلّة البيع وسائر العقود الحاكم على أصالة الفساد عدم اعتباره في الصحّة، ولا دليل على التّقييد؛ لعدم الحجّية في الإجماع المنقول والشهرة، سيّما في مثل المقام المحتمل فيه أن يكون نظر بعض القائلين بالاعتبار إلى توهّم دلالة بعض النّصوص عليه، فلايكون دليلاً على حدّه.

مع أنّه ليس لنا نصّ يدلّ عليه؛ أمّا حديث: «إنّما يحلّل الكلام» فلما عرفت سابقاً أنّ دلالته عليه مبنيّة على إرادة الوجه الأوّل من الوجوه المحتملة في معناه، وهي ممّا لا سبيل إليه لاستلزامه تخصيص الأكثر؛ وأمّا غيره ممّا اشتمل على ذكر اللفظ في البيع والشّراء، كما في أخبار بيع المصحف وأخبار بيع الأطنان وأخبار بيع الآبق، فلوروده مورد حكم آخر.

ثمّ إنّ مقتضى الإطلاقات واستصحاب الأثر الحاصل من العقد ـ المعبّر عنه بأصالة اللزوم ـ هو عدم اعتبار اللفظ في اللزوم أيضاً، إلّا أنّه قام الإجماع

على اعتباره فيه في البيع وغيره، فتدبّر.

وأمّا حديث «إنّما يحلّل الكلام» فقد مرّ الخدشة في دلالته على اعتباره في اللزوم حتّى في مورده هذا في غير النّكاح، وأمّا في النّكاح فلاريب في اعتبار اللفظ فيه في الصّحة، وإلّا لايبقى مورد للزّنا إلّا إذا كانت الامرأة ذات بعل أو مكرهة أو في العدّة، فتدبّر.

كفاية الإشارة مع العجز عن اللفظ ٣: ١١٧-١١٨

قوله: لا لأصالة عدم وجوبه. ٢٥/٩٣

أقول: ولا لقوله: «ماغلب الله عليه فالله أولى بالعذر»؛ لظهوره في العذر في الحكم التكليفي، ولا أقلّ من عدم ظهوره في الأعمّ، بل لدليل آخر على خلاف ما يدلّ على اعتبار اللفظ مطلقاً لو كان، وهو فحوى ما ورد.

قوله: في عدم الوجوب. ٢٧/٩٣

أقول: يعني عدم وجوب التوكيل.

قوله: ثمّ لو قلنا بأنّ الأصل في المعاطاة اللزوم.

أقول: هذا بمنزلة الاستدراك عمّا يستفاد من السّابق، يعني أنّ ما يقتضيه قولنا في السّابق: «أمّا مع العجز عنه كالأخرس» من اعتبار الإشارة في لزوم المعاملة إنّما هو مبنيّ على أن لايكون الأصل في المعاطاة هو اللزوم، وأمّا بناءً على كون الأصل فيها اللزوم فلا حاجة في اللزوم ـ مع العجز عن اللفظ ـ إلى الإشارة، بل يكفي فيه التعاطي بقصد المعاوضة؛ لأنّ القدر المخرج عن هذا الأصل هو صورة التعاطي مع قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ، وهي غير المفروض، ومن هنا يعلم الحال في الكتابة.

قوله: فالقدر المخرج صورة.

أقول: وجه حصر الخارج بها بناء على كون الدليل المخرج مثل الإجماع واضح، وأمّا بناء على كون الدليل حديث «إنّما يحلّل الكلام» فلا وجه له إلّا دعوى الانصراف.

المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنائية والمجازية ٣: ١١٩ـ ١٢٠

٣٤/٩٣ **قوله: وربّما يبدّل له هذا.**

أقول: مآل هذا وما مرّ من التذكرة إلى أمر واحد، وهو اعتبار كون اللفظ المنشأ به المعاملة موضوعاً لعنوان المعاملة، وأمّا الثاني فواضح، وأمّا الأوّل فلأنّ الصّريح كما ذكره المصنّف هو اللفظ الموضوع لعنوان العقد.

٣٥/٩٣ **قوله: فلاينعقد بالمجازات.**

أقول: هذا تفريع على عدم الوقوع بالمجازات وعدم الوقوع بالكناية هناك؛ إذ لايلزم ذكر جميع ما يتفرّع على شيء في مقام التفريع، بل يجوز الاكتفاء بذكر البعض، فقد اكتفى كلّ من العلّامة والمبدّل بذكر أحد اللازمين، ومن هنا يظهر فساد توهّم الاختلاف بين التعبيرين في المقتضى بالفتح بالمعاكسة؛ لاقتضاء الأوّل وقوعه بالمجاز دون الكناية، واقتضاء الثاني وقوعه بالكناية دون المجاز.

٢/٩٤ **قوله: والذي يظهر.**

أقول: غرضه بيان ما ينافي نسبة الحكم المذكور إلى المشهور، وأنّ كلماتهم ظاهرة في خلافه.

ظهور كلمات الفقهاء في وقوع البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه ٣: ١٢١ـ١٢٢

٨/٩٤ **قوله: بل ربّما يدّعى أنّه ظاهر كلّ من أطلق.**

أقول: وفيه: أنّ الإطلاق وارد في مقام اعتبار أصل اللفظ، وفي بعض النسخ المصحّحة لفظ «فتأمّل» بعد قوله: «واتباعه»، وهو إشارة إلى ما ذكرناه.

١١/٩٤ **قوله: أو معاملة ثالثة لازمة.**

أقول: هذا هو الأقوى، ومفهومها تملّك أحد الشّريكين أو الشركاء حصّة الآخر على وجه الضمان ببدلها الذي عيّناه مثل القرض، غاية الأمر أنّ الأصيل في القرض هو المقرض، والمقترض تابع له.

وفيها: بالعكس فإنّ الأصيل فيها هو المتقبّل وصاحب الحصّة تابع له؛ ولذا لايجري فيها الرّبا؛ لعدم الدّليل على حرمته في مطلق المعاملة؛ لإجمال

الآية بعد القطع بأنّ ليس المراد منها ظاهرها، أعني: حرمة الزّيادة مطلقاً واختصاص سائر الأدلّة بالقرض والبيع أو مطلق المعاوضة، وقضيّة عموم آية الوفاء بالعقود لزوم مثل هذه المعاملة، ولزوم مال القبالة على المتقبّل مطلقاً حتى في صورة التلف بالآفة السّماوية أو الأرضيّة الإلهيّة كلّاً أو بعضاً، ولا مخصّص له، فاشتراط الأصحاب لزومها بالسّلامة وعدم التّلف بها لا وجه له كما صرّح به الشهيد الثاني في الروضة والمحقّق الثاني في جامع المقاصد على ما ببالي.

نعم لو اشترط كون مال القبالة من نفس المال المشترك بنحو الكلّي في المعيّن، فتلف الكلّ أو البعض بمقدار لايمكن أداؤه من الباقي، انفسخت المعاملة فيما تعذّر التسليم فيه، ولا يمكن تنزيل كلام الأصحاب على ذلك؛ لتصريحهم بحساب التّالف على المتقبّل وصاحبه في صورة تلف البعض.

وبالجملة: عبارات الأصحاب المرتبطة بتلك المسألة في بيع الثّمار والمزارعة ليست على طبق القاعدة مع عدم قيام دليل يوافقها، فراجع ولاحظ وتأمّل.

ظهور كلمات الفقهاء في وقوع غير البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه أيضاً ٣: ١٢٣

قوله: مع أنّ القرض من العقود اللازمة. ١٢/٩٤

أقول: وعن الرّوضة: وإنّما لم ينحصر بلفظ خاصّ ؛ لأنّه من العقود الجائزة. انتهى.

واللزوم هو الأقوىٰ.

قوله: وحكي عن جماعة في الرّهن أنّ إيجابه يؤدّى. ١٣/٩٤

أقول: مع أنّه لازم من قبل الرّاهن. وعن الرّوضة: إنّما لم ينحصر بخاصّ؛ لأنّه جائز من طرف المرتهن الذي هو العمدة في الباب فغلّب. انتهى.

وفيه ماترىٰ.

الأحسن في وجه الجمع ٣: ١٢٦

٢١/٩٤ **قوله: وهو جمع حسن.**

أقول: لو كانت كلماتهم في طرف النّفي قابلة للحمل على المجازات البعيدة، وليس كذلك حيث إنّ الظّاهر من تعليل العلّامة عدم الوقوع بالكناية بأنّ المخاطب لايدري بِمَ خوطب ؟ بملاحظة عدم صحّة إرادة ظاهره بإطلاقه لكذبه؛ مضافاً إلى عدم حصول المعاهدة حينئذٍ، فيخرج عن محطّ كلامهم بملاحظة تعليل بعضهم اعتبار الصّراحة بتوقيفيّة الأسباب الشّرعيّة؛ إذ الظاهر منه عدم التّشكيك في تحقّق العقد، وأنّه يعتبر فيه مع ذلك كونه متلقّى من الشّارع، ومن المعلوم أنّه لايكون هذا مع العلم بالمراد.

وبالجملة: لاريب أنّ المراد منه ليس ظاهره، فلابدّ أن يكون مراده منه إمّا نفي العلم المستند إلى ظهور اللفظ المنشأ به المعاملة في المراد ولو بواسطة القرينة، وإمّا نفي العلم المستند إلى ظهوره فيه من جهة وضعه له.

فإن أُريد الأوّل: فليس لازمه التفصيل المذكور، بل التّفصيل في المجازات بين المتّصلة قرائنها والمنفصلة قرائنها، بكفاية الأوّل ولو كان مجازاً بعيداً، دون الثاني ولو كان قريباً؛ وذلك لظهور اللفظ في المراد في الأوّل؛ لأنّ القرينة المتّصلة تصير منشأً لظهور اللفظ في المراد، وهذا بخلاف الثاني.

هذا، مع بطلان إرادة الأوّل في حدّ نفسه؛ من جهة دلالته حينئذٍ على أنّ المراد من الصريح المعتبر في الصّيغة : مطلق ما كان ظاهراً في المعاملة ولو بواسطة القرينة، وهو منافٍ لما يظهر منهم في معنى الصّريح، من أنّه ما كان ظاهراً فيها من جهة وضعه لها.

وإن أُريد الثاني: فلازمه الحكم بعدم كفاية المجاز مطلقاً ولو كان قريباً.

وبالجملة: لا مجال للجمع المذكور إلّا أن يكون مراده ما ذكرنا من التفصيل، وهو كما ترىٰ.

قوله: ولعلّ الأحسن منه.

أقول: فيه: أنّ الظاهر من كلماتهم اعتبار الحقيقة في نفس اللفظ المنشأ به المعاملة، وهو منافٍ للتّعميم المذكور.

قوله: إذ لا يعقل الفرق في الوضوح. ٢٣/٩٤

أقول: هذا تمام لو كان مناط الصراحة مطلق الوضوح في المراد وإن نشأ من القرينة، إلّا أنّه لا وجه حينئذٍ للفرق بين القرينة اللفظيّة وغيرها؛ حيث إنّ الظهور في الثاني أيضاً لفظي؛ لما مر [من] أنّ القرينة المتّصلة وإن كانت خالية منشأ لظهور اللفظ في المراد، فيكون الإنشاء باللفظ الظاهر في المقصود، لا بغيره حتّىٰ يكون رجوعاً عمّا بنى عليه من عدم العبرة بغير الألفاظ في إنشاء المقاصد.

وأمّا لو كان مناط الصّراحة هو الوضوح المستند إلى خصوص وضع اللفظ للمعنى المنشأ به، كما هو صريح تفسيرهم الصّريح بما كان موضوعاً لعنوان العقد المنشأ به، فعدم الفرق غير معقول.

وبالجملة: لا حُسن فيما ذكره، فضلاً عن كونه أحسن.

الإشكال في الاعتماد على القرائن الحالية ٣: ١٢٦

قوله: وممّا ذكرنا يظهر الإشكال في الاقتصار. ٢٦/٩٤

أقول: هذا منافٍ لدعواه عدم الخلاف فيما بعد في صحّة الإيجاب بلفظ «بعت»؛ إذ لا إشكال في اشتراكه لفظاً بين البيع والشّراء، وكثرة استعماله في البيع ليست من القرائن اللفظيّة، وهذا دليل آخر على عدم صحّة ما ذكره من الجمع.

رجوع استدلال التذكرة إلى ما ذكرناه ٣: ١٢٧

قوله: لما لم يدلّ على المعنى المنشأ. ٢٨/٩٤

أقول: يعني بذلك عنوان المعاملة.

قوله: مالم يقصد الملزوم.

أقول: يعني مالم يقصد المنشئ من اللازم الذي به كنّى عن المعنى المنشأ الفرد الملازم للملزوم المقصود من الخطاب، وهو المعنى المنشأ وعنوان

المعاملة من بين أفراد هذا اللازم، ويرشد إلى هذا التفسير قوله: «بعد ذلك مالم يقصد المتكلّم خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاصّ».

٢٩/٩٤ **قوله: فالخطاب في نفسه محتمل.**

أقول: يعني أنّ الخطاب والعقد ـ من جهة عدم اشتماله على لفظ يدلّ على عنوان المعاملة ولو بطور القرينة على ماهو المراد منه ـ محتمل لإرادة غير المعاملة الكذائيّة، لايدري ولا يعلم المخاطب بالعقد بأي معنى خوطب علماً مستنداً إلى اللفظ، وإنّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيّة الغير اللفظيّة الكاشفة عن قصد المتكلّم من اللازم الملزوم.

٣٠/٩٤ **قوله: والمفروض على ما تقرّر في مسألة المعاطاة.**

أقول: يعني به الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة في معنى قوله: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام».

وفيه: أنّه نعم، ولكن ما نحن فيه ليس من هذا؛ إذ قد مرّ أنّ الانكشاف باللفظ المحتفّ بالقرينة الحاليّة انكشاف بالقول أيضاً.

٣٢/٩٤ **قوله: ثمّ إنّه ربّما يدّعى أنّ العقود.**

دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفية ٣: ١٢٧

أقول: لمّا كان هذا المدّعى من جهة حصر الجواز بالقدر المتيقّن المراد به الحقيقة منافياً لما ذكره في الجمع بين الكلمات ـ وهو جواز العقد بمطلق اللفظ المفيد له إفادة الوصفيّة ولو كان مجازاً محفوفاً بالقرينة اللفظيّة الوصفيّة ـ تعرّض لذكره والإشكال عليه بقوله: «وهو كلام لا محصّل له»، ونفى شهادة كلام الفخر على مرامه بقوله: «أمّا ما ذكره الفخر ولعلّ المراد».

وعلى كلّ حال، فقوله: «فلابدّ من الاقتصار» من كلام المدّعي لا الفخر رحمه الله.

٣٠/٩٤ ـ ٣١ **قوله: إنّ النيّة بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال.**

رجوع استدلال التذكرة إلى ما ذكرناه ٣: ١٢٧

أقول: والكناية من الثاني؛ فإنّ نيّة الملزوم الذي هو المقصود فيها

انكشفت بغير الأقوال.

قوله: لكنّ هذا الوجه لايجري في جميع أمثلة الكناية.

أقول: إذ القرينة في بعضها مثل «أدخلته في ملكك» لفظيّة؛ لأنّ القرينة فيه هو قوله: «في ملكك» وهو لفظ، كذا قيل، فتأمّل.

تفسير كلام الفخر: «أن لكلّ عقد لازم صيغة تخصّه شرعاً» ٣: ١٢٨

قوله: فخصوصيّة اللفظ. ١/٩٥

يعني لفظ «الصّيغة» وضمير اشتمالها راجع إلى الصّيغة، والمراد من اشتمال الصّيغة على هذه العنوانات الدّائرة في لسان الشارع، في مقام التعبير عن المعاملات الخاصّة، في ضمن الصّيغة المقصود بها تحقّقها سواء أُنشئت المعاملة بهذا اللّفظ، أو أُنشئت بلفظ آخر وجعل هذا اللفظ قرينة على المراد منه، فيوافق حينئذٍ ما ذكره في مقام الجمع بين الكلمات.

وجوب إيقاع العقد بالعناوين الدائرة في لسان الشارع ٣: ١٢٨ـ١٢٩

قوله رحمه الله : فالضّابط وجوب إيقاع العقد. ٢/٩٥ ـ ٣

أقول: يعني إيقاع عقد العلاقة بين الرّجل والمرأة مثلاً بإنشائها بالألفاظ التي في لسان الشارع، يعبّر عنها بها أو بما يرادفها في لغته أو في سائر اللغات، مثل التّزويج والنّكاح؛ إذ لو وقع عقد ملك العلاقة بإنشاء غيرها، أي ما أُنشئ بها بغير الألفاظ الدّائرة في لسان الشّارع عند التّعبير عنها، مثل هبة البضع أو إجارته مدّة معلومة، فإن لم يقصد من ذلك تلك العلاقة لا بنحو التجوّز ولا بنحو الكناية، بل قصد نفس ما وضع له فلايترتّب عليه آثار تلك العلاقة، لعدم القصد إليها؛ وإن قصد منه ذلك مجازاً أو كناية فيدخل في المجاز والكناية.

وقد مرّ أنّ تجويزهما رجوع إلى عدم اعتبار القول في إفادة المقصود، وكذلك الكلام في غيرها من سائر العلاقات والمعاملات.

هذا، وفيه: أنّا نختار الشقّ الثاني ونجوّزه فيما إذا كانت هناك قرينة متّصلة تدلّ على المطلوب، ونمنع رجوع تجويزه في هذه الصورة إلى عدم اعتبار القول في إفادة المقصود، وقد مرّ سند المنع.

٩٥/٥ **قوله: فما ذكره الفخر مؤيّد.**

أقول: يعني بعد التّوجيه المذكور.

إشارة بعض الفقهاء إلى ما ذكره الفخر ٣: ١٢٩ـ١٣٠

٩٥/٦ **قوله: ليس من جنسه.**

أقول: يعني ليس من جنس ذاك العقد من حيث الوضع اللغوي والعرفي والشّرعي.

٩٥/١٠ **قوله: من غيره.**

أقول: الجارّ متعلّق بالتّمييز، والضمير راجع إلى الصّريح.

٩٥/١٠ـ١١ **قوله: لايبعد جوازه.**

أقول: ولعلّه لاشتمال العقد على العنوان المعبّر به عن العلاقة الخاصّة الإجاريّة في لسان الشّارع؛ إذ قد عبّر عنها في بعض الأخبار ببيع السّكنى، كما في رواية إسحاق المتقدّمة في الكلام في تعريف البيع وببيع المنفعة، كما في أخبار بيع منفعة الأراضي الخراجيّة، ولعلّ وجه عدم جزمه بالجواز: احتمال كون التعبير المذكور تبعاً لكلام السّائل لا بنحو الأصالة حتّى يدلّ على كونه عنواناً لها في لسان الشّارع.

[● ألفاظ الإيجاب والقبول]

الإيجاب بلفظ «بعت» ٣: ١٣٠

٩٥/١٢ **قوله: لكن كثرة استعماله في وقوع البيع به لوصفه له.**

أقول: في النسخة سقط، والصحيح هكذا: ولكن كثرة استعماله في وقوع البيع به تعيّنه ومنها لفظ «شريت» لوضعه له.

الإيجاب بلفظ «شريت» ٣: ١٣٠ـ١٣١

٩٥/١٣ **قوله: وعن القاموس: شراه يشريه: ملكه وباعه، كاشتراه.**

أقول: يعني أنّ «شرى» مثل «اشترى» بمعنى ملك بالبيع بالتّخفيف، وهذا هو المعنى المصطلح له عرفاً، وبمعنى باع بالمعنى المصطلح لـ«باع» واستعماله فيه قليل في العرف، فشرى واشترى موضوعان لمعنيين متضادّين.

قوله: وعنه أيضاً كلّ من ترك شيئاً.

أقول: ومن المعلوم صدق هذا العنوان على كلّ من البائع والمشتري، فيكون الاشتراء من الأضداد، ولعلّ غرضه من ذكر هذا الكلام بعد الكلام السّابق إفادة أنّ الشّراء مشترك لفظاً بين الضّدّين؛ نظراً إلى قاعدة عدم تغيّر مبدأ الاشتقاق في المشتقّات عمّا كان عليه من حيث الاشتراك وعدمه، لا إفادة كون الاشتراء كذلك، كي يرد عليه: أنّ الكلام هنا في «شريت» لا في «اشتريت».

هل تعتبر العربية في العقد؟ ٣: ١٣٥

قوله: وفي الوجهين مالا يخفىٰ. ٣٤/٩٥

أقول: أمّا في الأوّل فلأنّ وجوب التّأسّي يتوقّف على إحراز أمرين: شرعيّة الفعل، وأنّ الوجه فيه هو الوجوب، وكلاهما مفقود في المقام، أمّا الأوّل: فلاحتمال بل القطع بكونه من الأفعال العاديّة صدر منه ﷺ جرياً على لسانه العادي، وأمّا الثاني : فلاحتمال الأولويّة والاستحباب، ودعوى أصالة الشّرعيّة في الأوّل وأصالة الوجوب في الثاني واضحة المنع.

وأمّا في الثاني فلمنع الأولويّة؛ نظراً إلى أنّ العربيّ الغير الماضي ليس صريحاً في الإنشاء على ما قيل، بخلاف الماضي الغير العربي، فإنّه مثل الماضي العربي صريح فيه، فتأمّل.

ولو سلّمنا الأولويّة فهي ظنّية لا اعتبار بها.

الاقوى اعتبار عدم اللحن ٣: ١٣٥ـ١٣٦

قوله: واستعماله في التّزويج غير جائز. ٢/٩٦

أقول: يعني استعماله فيه لأجل إنشائه به غير جائز؛ لكونه مجازاً فيه بعلاقة الملازمة؛ حيث إنّ التّزويج يلزمه الجواز، والوجه في استثناء صورة العجز إنّما هو اختصاص مايتوهّم دلالته على عدم كفاية المجاز والكناية بصورة القدرة.

هل تعتبر عربية جميع أجزاء العقد؟ ٣: ١٣٦ـ١٣٧

قوله: والأقوى هو الأوّل. ٤/٩٦

أقول: بناء على لزوم ذكر متعلّقات الإيجاب.

٥/٩٦ **قوله: صحّ الوجه الأوّل.**

أقول: الصّواب الثاني بدل الأوّل، كما لا يخفىٰ.

قوله: نصّ على وجوب ذكر العوضين.

أقول: لعلّ الوجه فيه الاقتصار على القدر المتيقّن.

هل يعتبر العلم التفصيلي بمعنى اللفظ في العقد؟ ٣: ١٣٧

٦/٩٦ **قوله: ثمّ إنّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً.**

أقول: يعني كون الشّخص الغير العربيّ المجري للعقد باللفظ العربي عالماً.

٧/٩٦ **قوله: بل بقصد المتكلّم منه.**

أقول: يعني باستعمال المتكلّم بذلك الكلام إيّاه في معناه الموضوع له عند العرب.

٨/٩٦ **قوله: إلّا إذا ميّز.**

أقول: حتىٰ يقصد من كلّ جزء من أجزاء الكلام ـ مادّة وهيئة ـ معناه الموضوع له في لغة العرب ويستعمل فيه.

هل تعتبر الماضوية في العقد؟ ٣: ١٣٨

١٠/٩٦ـ ١١ **قوله: أشبه بالوعد.**

أقول: وهو معارض بأنّ الماضي أشبه بالأخبار، ولو فرّق بينهما بشيوع استعمال الماضي في الإنشاء دون المستقبل، فيتّجه عليه: أنّ مرجع هذا التعليل حينئذٍ إلى قوله: «مع أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف»، فلا وجه لجعله دليلاً برأسه.

الأقوى عدم اعتبار الماضوية ٣: ١٣٩

١٣/٩٦ **قوله: إلى قرينة المقام، فتأمّل.**

أقول: لعلّ الأمر بالتّأمّل إشارة إلى أنّ هذا المقدار من الصّراحة غير معتبر في العقد، وإلّا يلزم عدم صحّة العقد بالماضي أيضاً؛ لأنّ دلالته على الإنشاء أيضاً محتاجة إلى قرينة المقام، فلابدّ أن يكون المراد من صراحة العقد وعدم احتياجه إلى القرينة هو صراحته من حيث الدّلالة على عنوان المعاملة،

لا من حيث الدّلالة على الإنشاء.

فإذن لا مانع من القول بصحّة إنشاء البيع بصيغة المضارع مع صراحته في عنوان البيع مثل «أبيع».

هل يعتبر تقديم الإيجاب على القبول؟ ٣: ١٤٠ـ١٤١

قوله: الأشهر ـ كما قيل ـ لزوم تقديم الإيجاب على القبول.

لابأس بالتعرّض للاحتمالات ـ بل الأقوال ـ في المسألة وأدلّتها صحّةً وسقماً؛ كي يتّضح الحقّ من بينها.

فاعلم أنّ في المسألة احتمالات خمسة:

الاحتمال الأوّل:

وهو ـ الأشهر كما في المختلف ـ لزوم تقديم الإيجاب على القبول مطلقاً، والوجه فيه على ما يظهر من المتن أُمور:

أحدها: أصالة عدم ترتّب الأثر بدونه، بدعوى عدم شمول أدلّة الصّحة لغير صورة تقدّمه عليه.

وثانيها: دليل العقل، وهو أنّ القبول فرع الإيجاب وتابع له، والفرع والتّابع بما هما كذلك لايعقل تقدّمهما على الأصل والمتبوع، وإلّا لزم الخلف.

وثالثها: الإجماع المحكيّ عن الخلاف مع الشهرة المحكيّة.

ومقتضى هذه الأُمور اختلاف الوجه في لزومه؛ حيث إنّ مقتضى هذا أنّ اعتباره شرعيّ صرف، ومقتضى الثاني أنّه عقليّ، ومقتضى الأوّل أنّه من جهة عدم الدليل على الصحّة بدونه.

وفي الكلّ نظر أمّا الأوّل: فلعموم إطلاق الأدلّة لصورة التّأخّر أيضاً؛ ولذا تراهم يتمسّكون بها في دفع ما يشكّ في اعتباره في العقد، ومجرّد غلبة صورة التقدّم وتعارفها لايوجب الانصراف إليها.

وأمّا الثاني: فلأنّ الفرعيّة إمّا أن يراد منها فرعيّة المعلول للعلّة من حيث الوجود، أو فرعيّته له من حيث التّأثير لا أصل الوجود، وإمّا فرعيّة العرض

للمعروض والفعل للمفعول، بمعنى أنّ القبول مثل سائر الأفعال لابدّ في تحقّقه من وجود مفعول قبله يتعلّق به ويعرض عليه؛ لاستحالة وجود العرض بدون المعروض، وإمّا فرعيّة الانفعال للفعل.

والأوّل: غلط محض لا مجال لإرادته؛ إذ لازمه وجوده بعد الإيجاب قهراً.

وكذا الثاني: أمّا أوّلاً فلأنّه ليس أولى من العكس، وأمّا ثانياً فلأنّه أجنبيّ عن محلّ الكلام؛ لأنّه في جواز تقديم القبول من حيث الوجود الإنشائي، وقضيّة ذلك عدم جوازه من حيث التأثير.

وأمّا الثالث: فإن أُريد من وجود الإيجاب ـ قبل القبول ليرد عليه القبول ـ وجوده الإنشائي في الخارج فهو عين محلّ النزاع، وإن أُريد منه وجوده الإنشائي ولو في الذهن فهو مُسلّم، ولكنّه لايجدي.

وبالجملة: الأفعال من حيث الاحتياج إلى وجود المفعول على أقسام؛ إذ بعضها محتاج إلى خصوص وجوده الخارجي كالأكل والشّرب، وبعضها محتاج إلى خصوص وجوده الذّهني مثل الطّلب؛ فإنّ متعلّقه لو كان موجوداً في الخارج في ظرف الطلب لزم طلب الحاصل، وبعضها يكفي فيه مطلق الوجود، والقبول من القسم الثالث، فتدبّر.

وأمّا الرابع: ففيه: أنّ الفعل والانفعال تارة حقيقيّ واقعي، وأُخرىٰ إنشائي استعماليّ، وترتّب الانفعال على الفعل وتأخّره عنه إنّما هو في الأوّل لا في الثاني؛ ضرورة صحّة الانفعال الإنشائي وإن لم يكن هناك فعل لا واقعاً ولا إنشاءً.

وبالجملة: للقبول والمطاوعة أنحاء من الوجود: ذهنيّ وواقعي خارجي وإنشائيّ، وهما إنّما يتوقّفان على وجود الإيجاب بوجودهما الواقعي، وأمّا بوجودهما الإنشائي فلا؛ لإمكان إنشاء مفهومها بذكر اللفظ بقصد تحقّقه به،

ومحلّ البحث هو الثاني.

ولو تنزّلنا عن ذلك وقلنا بأنّ الكلام في الأوّل، أو قلنا بأنّ الوجود الإنشائي لهما أيضاً مترتّب على وجود الإيجاب ومتوقّف عليه، فلنا أن نقول أيضاً بجواز تقديم القبول في المسألة؛ وذلك لأنّ عدم الجواز على هذا مبنيّ على كون القبول المعتبر في العقد من قبيل الانفعال ومتضمّناً لمعنى المطاوعة، وهو ممنوع؛ لأنّ الانفعال عبارة عن التّأثّر، كما أنّ الفعل عبارة عن التّأثير وإحداث الأثر.

ولاريب أنّ القبول العقدي بأيّ لفظ وقع لا ربط له بمسألة التّأثّر؛ ضرورة أنّ المراد من التّأثر إمّا تأثّر المال بالبيع والنّقل المعبّر عنه بالابتياع والانتقال، وإمّا تأثّر نفس القابل وانفعاله بنقل الموجب ماله إليه بعوض ماله، فكأنّ الموجب يؤثّر بذلك في القابل وهو يتأثّر به.

ومن الواضح أنّ التّأثّر باللحاظ الأوّل غير قابل لأن يؤخذ في مفهوم القبول في المقام، وإلّا لزم أن لاينسب إلى المشتري، بل لابدّ من إضافته إلى المال، وكذلك باللحاظ الثاني بحيث يكون المراد من «قبلت» وغيره من ألفاظ القبول تأثّرت وانفعلت، فإنّه كما ترى فاسد جدّاً.

وبالجملة: ليس المراد من القبول في العقود هو المطاوعة والانفعال، بل هو مثل الإيجاب من قبيل الفعل مقابل الانفعال؛ ولذا تراه لايستعمل بجميع ألفاظه إلّا متعدّياً، والتّعدي منافٍ لمعنى الانفعال، فالقبول فيها وإن كان بلفظه ليس انفعال الإيجاب، وإنّما هو عبارة عن صرف الرّضا بالإيجاب وإنشاء الموجب نقل ماله إلى المشتري أصالة، ونقل مال المشتري إليه تضمّناً.

وإن شئت قلت: إنّ التأثير والتّأثّر ـ أصالة في مال الموجب وتبعاً في مال القابل ـ كلّه مستند إلى الموجب وناشٍ منه، والذي يصدر من القابل هو صرف الرّضا بذاك التأثير والتّأثّر، وهذا المعنى وإن كان يحتاج إلى وجود المرضيّ به

ولا يتحقّق بدونه، إلّا أنّ هذا المقدار لا يقتضي تأخّره عنه لوضوح كفاية وجوده البعدي وصحّة الرّضا بالأمر المستقبل.

بقي الكلام في الدليل الثالث على هذا القول الأشهر، وهو الإجماع على اعتبار التقدّم.

وفيه: أنّه كيف يمكن دعواه مع كون المسألة ذات أقوال عديدة؟ وعلى فرض التسليم لا يجدي؛ لقوّة احتمال استناد جماعة منهم إلى الأصل أو مسألة الفرعيّة.

ومنه يظهر الحال في الإجماع المنقول على فرض حجّيته لو خلّي ونفسه، مع أنّه لم يصحّ نسبته إلى الخلاف، بل في مفتاح الكرامة: أنّها وهم قطعاً؛ لأنّي تتبّعت كتاب البيع منه ـ وغيره حتى النكاح ـ مسألة مسألة فلم أجده ادّعى ذلك. انتهى.

ومن هنا قال المصنّف: «وليس في هذه المسألة إلّا أنّ البيع مع تقديم الإيجاب متّفق عليه فيؤخذ به»، ومعلوم أنّ هذا لو لم يدلّ على وجود الخلاف في الصحّة مع التأخير، لا يدلّ على وجود الاتّفاق على الفساد معه جزماً، ولو سُلّم فلا فائدة فيه أيضاً بعد عدوله عنه في نكاح المبسوط.

وأمّا الشّهرة ففيها ما لا يخفىٰ.

الاحتمال الثاني في المسألة :

عدم اعتبار التقدّم مطلقاً، وهو مختار الشيخ في المبسوط، والمحقّق في الشرايع، والعلّامة في التحرير، والشهيدين في بعض كتبهما، وجماعة ممّن تأخّر عنهما. والمدرك فيه أمران:

الأوّل: الإطلاقات السليمة عن المقيّد؛ لعدم ما يوجب ذلك إلّا بعض ما استدلّ به للاحتمال الأوّل، وقد مرّ الكلام في بطلانه.

والثاني: الرّوايات الواردة في باب النكاح، الدّالّة على جواز تقديم

القبول تارة بلفظ المضارع، كما في خبر أبان المشتمل على قول الرّجل: «أتزوّجك على كتاب الله وسنّة رسوله ﷺ»؛ وأُخرى بصيغة الأمر كما في خبر سهل المشتمل على قوله: «زوّجنيها يارسول الله ﷺ».

وهذا النحو من الأخبار وإن اختصّ ببعض المطلق إلّا أنّه يتمّ الاستدلال بأولويّة غير النكاح منه، وبدعوى الجزم بعدم الفرق بين الماضي والمضارع والأمر، بل كلّ من قال بجواز التقديم في الأمر قال به في الماضي، بخلاف العكس؛ فإنّ بعض من قال بالجواز في الماضي قال بالعدم في الأمر، بل هذا أحد الأقوال في المسألة، ونتعرّض له إن شاء الله تعالىٰ، فتأمّل.

والاحتمال الثالث في المسألة:

هو التفصيل بين ألفاظ القبول بالقول بالجواز إذا كان بغير لفظ «قبلت» و«رضيت» و«الأمر» على إشكال فيه أخيراً، والقول بالعدم فيما إذا كان بأحدهما أو بالأمر، وهذا مختار المصنّف، ودليله عليه:

أمّا في أوّل شقّي تفصيله: هو إطلاق الأدلّة السّالمة عن المعارض.

وأمّا بالنسبة إلى ثانيهما ـ على ما يظهر من المتن ـ فأُمور ثلاثة:

الأوّل: الإجماع المنقول عن ظاهر التذكرة.

والثاني: كون التقديم خلاف المتعارف فلايشمله الإطلاقات؛ لانصرافها إلى المتعارف، وفيهما ما مرّ في مقام بيان بطلان أدلّة القول الأوّل، فراجع.

والثالث: ما ذكره بقوله: إنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب فلايعقل تقدّمه عليه. انتهى.

ويتّجه عليه: أنّه إن أراد من الفرعيّة أحد المعاني المتقدّمة سابقاً، ففيه: أنّه قد مرّ تفصيلاً أنّ ما يقبل منها أن يكون محلّ الكلام غير ممكن للإرادة، وما يمكن إرادته منها ـ وهو فرعيّة الانفعال للفعل ـ خارج عن حريم النزاع؛ حيث إنّه في جواز تقديم الانفعال والقبول الإنشائي، وهو ليس فرعاً للإيجاب

لا واقعاً ولا إنشاء.

وإن أراد منها ماهو الظاهر بل المقطوع به بملاحظة كلامه ﷺ، وهو الفرعيّة من حيث الدّلالة على النقل الحالي، بمعنى أنّ «قبلت» و «رضيت» ليس له دلالة على إنشاء نقل الثمن في حال التكلّم، إلّا إذا تأخّر عن الإيجاب الدالّ على نقله عن المشتري تبعاً؛ ففيه: أنّه نعم، ولكنّه لايجديه إلّا بناءً على اعتبار فعليّة إنشاء نقل الثمن وتمليكه من المشتري حال الإنشاء في مفهوم القبول.

وهو ممنوع، توضيحه: أنّ الإيجاب في البيع وسائر المعاوضات ينحلّ بحسب اللبّ إلى إيجابين:

أحدهما: أصلي، وهو إنشاء البائع تمليك ماله للمشتري.

والآخر: ضمنيّ يستفاد من جعل العوض، وهو إنشاء تمليك مال المشتري لنفسه المستفاد من ذكر العوض.

وكلّ واحد من الإيجابين يحتاج إلى القبول: أمّا الأوّل فلئلّا يلزم محذور مقهوريّة المشتري في انتقال مال الغير إليه.

وأمّا الثاني فلحديثي السّلطنة والطيب، فالقبول أيضاً منحلّ إلى قبولين: أصلي وضمني، ونسبة القبول الثاني إلى الإيجاب الثاني كنسبة الإذن والإجازة إلى بيع غير المالك، فكما لا يعتبر هناك أزيد من إظهار الرّضا بالإيجاب، كذلك هنا.

هذا كلّه بناءً على كون قوله: «في الحال» في العبارة قيداً للإنشاء كما هو الظاهر بل المتيقّن، وأمّا بناء على كونه قيداً للنقل كما يحتمله بعض أهل العصر، ففيه: بعد تسليمه أنّه فاسد مطلقاً سواءً أُريد من النقل: النقل الشرعي الواقعي، أو الإنشائي.

أمّا على الأوّل فلأنّ حال القبول من هذه الجهة حال الإيجاب، فكما أنّه

لايقتضي إلّا النقل في ظرف تماميّة السّبب فكذلك القبول غاية الأمر إذا تأخّر عن الإيجاب يكون منشأً للنّقل الحالي لكونه متمّماً للسّبب، لا لأنّ هذا المعنى مأخوذ في مفهوم القبول، كيف، وقد لايكون كذلك حتّىٰ مع تأخّره عنه، مثل القبول في المعاملات المعتبر في تأثيرها في النقل ـ مضافاً إلى العقد ـ شيء آخر كالقبض في الصّرف، ومضيّ مدّة الخيار في جميع البيوع على مذهب الشيخ قدس سره؟

هذا، مع أنّه بناء على هذا الوجه لا معنى للتّفصيل بين ألفاظ القبول؛ ضرورة عدم حصول النقل الحالي على النّحو المذكور في شيء منها في صورة التقدّم على الإيجاب، ومن هنا يعلم أنّ نسبة إرادة اعتبار هذا النّحو من النقل في مفهوم القبول إلى المصنّف قدس سره افتراء عليه.

وأمّا على الثاني، فلما ذكرنا أيضاً من أنّ القبول من هذه الجهة مثل الإيجاب، فكما أنّه لايعتبر فيه إلّا صرف النّقل المجرّد عن قيد كونه في الحال أو في غيره، فكذا القبول.

والحاصل: أنّ المعتبر في مفهوم الإيجاب وكذا القبول ـ بناءً على أنّه غير الرّضا بالإيجاب ـ إنّما هو نفس النّقل الخالي عن ملاحظة كونه في زمان من الأزمنة وتحقّق إنشاء هذا المقدار من النقل بمجرّد لفظ «قبلت» ولو مع التقدّم أيضاً بديهيّ، ولعلّ في هذا المقدار من البيان غنىً وكفاية.

والاحتمال الرابع في المسألة:

التفصيل بين النكاح وغيره، بالجواز في الأوّل مطلقاً وإن كان بغير الأمر، والعدم في الثاني وإن كان بالأمر.

ولعلّ الوجه فيه: أمّا بالنسبة إلى تخصيصه بالنّكاح فهو منع الإطلاق في الأدلّة العامّة، مع اختصاص دليل الجواز كروايتي أبان وسهل بالنكاح، فيرجع في غيره إلى الأصل المقتضي لعدم الجواز.

وأمّا بالنسبة إلى جهة تعميمه إلى جميع ألفاظ القبول، فلعلّه دعوى القطع بأولويّة الماضي بالجواز من غيره ولا أقلّ من التساوي.

وفيه: منع عدم الإطلاق في الأدلّة أوّلاً، ودعوى عدم الفرق بين النكاح وغيره لو لم ندّع أولويّة غيره منه، نظير ما ادّعاه في إثبات بعض مقصوده من عدم الفرق بين صيغة الماضي وغيرها، مع اختصاص مورد الدّليل بالثّاني ثانياً.

وأمّا الاحتمال الخامس في المسألة:

وهو التفصيل بين أن يكون القبول بصيغة الأمر فيجوز مطلقاً، وبين أن يكون بغيرها فلايجوز مطلقاً، فوجهه مع جوابه يُعلم من التأمّل في سابقه، فتأمّل.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ المختار هو الاحتمال الثاني، وهو الجواز مطلقاً.

٥/٩٦ **قوله: وحكى في غاية المراد عن الخلاف الإجماع.**

أقول: هذا شروع في نقل الدليل بعدما ذكر من الأصل في المسألة.

٢٦/٩٦ **قوله: أنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب.**

الاستدلال على عدم جواز التقديم في هذه الصورة ٣: ١٤٣ـ١٤٥

أقول: إن أراد من ذلك أنّ القبول من قبيل الانفعال والمطاوعة، فعدم معقوليّة تقدّمه عليه مسلّم؛ بناءً على أنّ المراد من القبول في العقد هو الانفعال بوجوده الحقيقي الواقعي، إلّا أنّ المبنى ممنوع؛ إذ قد مرّ أنّ جزء العقد هو الانفعال بوجوده الإنشائي، أي إنشاء الانفعال والمطاوعة وتقدّمه على الإيجاب في كمال المعقولية، بل قد عرفت ـ فيما مرّ أخيراً ـ منع كون القبول بمعنى الانفعال مطلقاً ولو الإنشائي منه جزء العقد، وإنّما الجزء له ليس إلّا الرّضا بالإيجاب، ولايتوقّف وجوده على تقدّم الإيجاب.

هذا، مع أنّه لو أُريد منه ذلك لوقع التنافي بين هذه الفقرة وبين قوله: «بل المراد منه الرّضا بالإيجاب»؛ إذ قضيّة الأُولى: أنّ المانع من التقدّم فوات الانفعال المعتبر في مفهوم القبول، وقضيّة الثاني : أنّ المانع فوات النقل الحالي

المعتبر فيه، وإن أراد منه الفرعيّة من حيث الدّلالة على إنشاء النقل الحالي وتضمّنه له ـ يعني أنّ القبول المتضمّن له فرع الإيجاب لايوجد متّصفاً بهذا الوصف إلّا إذا تقدّم عليه الإيجاب ـ التأم أجزاء الكلام واستقام ما ادّعاه من عدم المعقوليّة، بمعنى عدم معقوليّة تضمّنه للنقل الفعلي الإنشائي ودلالته عليه مع التقدّم، إلّا أنّ اعتبار هذا المعنى الخاصّ في القبول ممنوع، كما تقدّم فراجع.

قوله: ومن هنا يتّضح فساد. ٣٠/٩٦

أقول: قد اتّضح ممّا ذكرنا أنّ الصحيح ما ذكره هذا البعض وهو صاحب الجواهر، وقد استظهر بعض أنّه صاحب المصابيح.

قوله: وليس المراد أنّ أصل الرّضا. ٣٤/٩٦ ـ ٣٥

أقول: حقّ العبارة أن يقول: وليس المراد من القبول مجرّد الرّضا بالإيجاب حتّى يقال: «إنّ أصل الرّضا... إلى آخره».

ثمّ إنّ الظّاهر أنّ قوله: «أو لأصل الرّضا به» من غلط النسخة، والصحيح: أوّلاً قبل الرّضا به، وعلى تقدير الصحّة فهو عطف على «لتحقّقه» من قبيل عطف الأدنى على الأعلىٰ، يعني: ليس المراد أنّ أصل الرّضا بشيء كالعطاء مثلاً تابع لتحقّق العطاء في الخارج من المعطي، أو تابع لتحقّق أصل الرّضا به، أي رضا المعطي بإيجاده في الخارج، فتدبّر.

عدم جواز تقديم القبول لو كان بلفظ الأمر٣: ١٤٥ـ١٤٦

قوله: وممّا ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر. ٣٥/٩٦

أقول: هذا كالجملة المعترضة بين بعض أجزاء استدلاله على مدّعاه من عدم جواز تقديم «قبلت» و «رضيت»، وهو الذي ذكره بقوله: «ويدلّ عليه مضافاً إلى ما ذكر» إلى قوله: «وممّا ذكرنا يظهر الوجه»، وبين البعض الآخر وهو إبطال ما بقي من دليل الجواز، وهو الذي ذكره بقوله: «وأما فحوى جوازه في النكاح».

وكيف كان، قد ظهر ممّا ذكرنا بطلان مبنى المنع وهو اعتبار إنشاء النّقل

الحالي في مفهوم القبول الذي هو ركن العقد وأنّه صرف الرّضا بالإيجاب، وهو حاصل مطلقاً، فافهم.

٢/٩٧ـ٣ **قوله: وأمّا ما يظهر من المبسوط من الاتّفاق هنا على الصحّة فموهون بمصير الأكثر على خلافه.**

أقول: يعني بالمشار إليه بكلمة «هنا» صورة كون القبول المتقدّم أمراً قبال الماضي والمستقبل، ومراده من مورد ظهور الاتّفاق المذكور من كلامه في المبسوط هو قوله ﷺ ـ في العبارة المتقدّم نقلها من المبسوط ـ: «صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين»، وسيأتي منع كون هذا بمجرّده سبباً للوهن، فانتظر.

٣/٩٧ **قوله ﷺ: بعد الإغماض.**

أقول: وبعد الإغماض عن عدم معقوليّة تقدّم قبلت ورضيت.

٤/٩٧ **قوله: ويؤيّده أنّه.**

أقول: نعم لولاه يلزم الفصل الطويل، ولكن لا بأس به لنفس تلك الرّواية.

اختلاف الفقهاء في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر ٣: ١٤٦

٤/٩٧ـ٥ **قوله: وقصور دلالة قوله: «ثمّ اعلم أنّ في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً».**

أقول: الأنسب تبديل هذا إلى قوله: خلافاً لأكثر الأصحاب؛ لأنّ تعبير المتن إنّما يحسن فيما إذا كثرت الأقوال في المسألة أو اختلف أقوال جماعة منهم في مواضع عديدة من كتبهم، لا في مثل المقام الذي انحصر فيه الخلاف في قولين سيّما مع حصر القائل بأحدهما بشخصين أو ثلاثة.

ثمّ إنّ ظاهر المصنّف بيان الخلاف في محلّ الكلام، وهو صحّة تقديم القبول المفروغ عن كونه قبولاً، فيما إذا كان القبول بلفظ الأمر، بأن أمر بالبيع مثلاً وقصد منه القبول المعتبر في العقد كما يقصده من لفظ الماضي والمضارع، ولا يخفى أنّ كون خلافهم في جواز تقديم القبول بالأمر بذاك المعنى موقوف على إحراز أنّ منع المانعين من انعقاد العقد بالأمر بالإيجاب، والإيجاب إنّما

هو بعد تسليمهم كون الأمر قبولاً، ذاك القبول المعتبر في عقد المعاوضة، وعلى عدم اعتبار الماضويّة فيه، وهو غير محرز؛ لاحتمال أن يكون سند جملة منهم مثل صاحبي الغنية والسرائر والجامع والمسالك في المنع هو منع كون الأمر قبولاً، وأنّه استدعاء صرف أو اعتبار الماضويّة فيه.

ومن هنا يعلم الوجه فيما ذكرنا من عدم كون مصير الأكثر إلى[1] المنع سبباً لوهن ما ادّعاه الشيخ من الاتّفاق؛ إذ الموهن له هو الخلاف في عين ما ادّعى عليه الوفاق لا مطلقاً، وقد مر أنّه غير معلوم إلّا من البعض، فتأمّل؛ فإنّه كافٍ فيه.

وكيف كان، إن كان مراد المانعين من الأمر هو بمعناه اللغوي فالحقّ معهم؛ إذ لابدّ في العقد من القبول، والأمر بذاك المعنى ليس فيه رائحة منه، وإن كان مرادهم منه هو بعد إرادة المعنى الإنشائي منه المعتبر في العقد فلا وجه للمنع عنه، على ماهو التحقيق من عدم اعتبار الماضوية وجواز تقديم القبول على الإيجاب.

قوله: فقال في المبسوط: «إن قال: بعنيها». ٥/٩٧ ـ ٦

أقول: قال في الصفحة الثالثة من كتاب البيع ماهذا لفظه: عقد النّكاح ينعقد بالإيجاب والقبول، سواء تقدّم الإيجاب كقوله: زوّجتك بنتي، فقال: قبلت التزويج، أو تأخّر الإيجاب كقوله: زوّجني بنتك، فقال: زوّجتك. بلا خلاف، فأمّا البيع؛ فإن تقدّم الإيجاب فقال: بعتك. فقال: قبلت. صحّ بلا خلاف، وإن تقدّم القبول فقال: بعنيه بألف. فقال: بعتك. صحّ والأقوى عندي أنه لايصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت. انتهى.

وقوله: «صحّ» يعني به صحّ على خلاف فيه أو على قول أو نحو ذلك، لا أنّه صحّ عندي؛ لأنّه مناقض لقوله: «والأقوىٰ عندي».

---

(١) في الأصل: على.

كلمات المانعين ٣: ١٤٦ـ١٤٧

كلمات المجوّزين ٣: ١٤٧ـ١٥٠

٩/٩٧ **قوله: بل قيل: إنّ هذا الحكم ظاهر كلّ من اشترط الإيجاب والقبول.**

أقول: لعلّ وجهه دعوى ظهور القبول في غير الأمر.

١٤/٩٧ **قوله: وحكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي.**

أقول: وحكاه في المختلف عن المهذّب أيضاً، والمشار إليه في قوله: «نسبة هذا الحكم هو جواز التقديم بهذا اللفظ» أي لفظ «بعنيها».

١٥/٩٧ **قوله: وتمسّك له في النّكاح برواية سهل.**

أقول: إذ يصير هذا قرينة على أنّ مراده من القبول هنا ما يعمّ الأمر؛ إذ لو اختصّ بغيره لما صحّ الاستدلال بها، فلابدّ أن يكون كذلك في باب البيع أيضاً لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة.

قوله: إلّا أنّ المحقّق ﷺ مع تصريحه.

أقول: هذا استدراك من قوله: «بل يمكن نسبة هذا الحكم» وتوهين الاستفادة تجويز تقديم القبول بلفظ الأمر إلى كلّ من أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب؛ حيث إنّ المحقّق ـ مع تصريحه بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب في البيع ـ أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب.

وفيه: بعد تقييد إمكان نسبة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر إلى مجوّز تقديم القبول عليه بقول مطلق، بكون المجوّز له متمسّكاً في تجويزه ذلك في باب النّكاح برواية سهل، لا وجه لهذا الاستدراك أصلاً.

١٧/٩٧ **قوله: مع أنّه تردّد في اعتبار تقديم القبول.**

أقول: كان اللازم تبديل لفظ «الاعتبار» بلفظ «الجواز»؛ إذ الكلام في جوازه لا لزومه، وقد نشأ من تغيير عبارة القواعد. قال العلّامة فيه: وفي اشتراط تقديم الإيجاب نظر. انتهىٰ.

٢٢/٩٧ **قوله: وحكي عن الكامل أيضاً فتأمّل.**

أقول: لعلّه إشارة إلى ما مرّ، وهو موهونيّة دعوى الشيخ لنفي الخلاف،

بمصير الأكثر على خلافه حتّى هوﷺ في موضع من المبسوط.

جواز تقديم القبول لو كان بلفظ«اشتريت» ونحوه والاستدلال عليه ٣: ١٥٠ـ١٥٢

قوله: وإن كان التقديم بلفظ «اشتريت».

أقول: لاريب في أنّ محلّ النزاع ما كان عقد البيع مثلاً مركّباً من الإيجاب والقبول، وأمّا إذا كان مُركّباً من الإيجابين، وقلنا بأنّه مع ذلك بيع أيضاً فهو خارج عن محلّ البحث؛ لخروجه عن مورد الأدلّة المتقدّمة، مع أنّه لا وجه لترجيح تقديم أحد الإيجابين على الآخر على العكس، كما لا وجه لترجيح اختصاص صحّة إطلاق القبول على أحدهما دون الآخر، بل كلّ منهما موجب وقابل، فتدبّر.

كما أنّ النزاع في جواز تقديم القبول على الإيجاب ليس في صحّة استعمال ما لايستعمل في القبول في صورة التأخّر في الإيجاب في صورة التقدّم وعدمها، بأن يكون مراد القائل بالجواز: صحّة استعماله في الإيجاب، ومراد القائل بالعدم: العدم، بل تمام النزاع في أنّ ما ينشأ به القبول في صورة التّأخّر هل يصحّ تقديمه وإنشاء القبول به كصورة التّأخّر أم لا؟ بمعنى أن القبول المعتبر في العقد هل يعتبر في تحقّقه عقلاً أو شرعاً تأخّر ما يدلّ عليه عن الإيجاب أم لا، أم يفصّل بين ألفاظ القبول؟

فحينئذٍ نقول: إنّه يتّجه على المصنّفﷺ: أنّه إن كان مراده من قوله: «لأنّه ـأي المشتري ـأنشأ ملكيّته للمبيع»: الإنشاء المستقلّ الغير الملحوظ فيه صدور التمليك من الغير كما هو قضيّة قوله: «ففي الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع» فيتّجه عليه ـ مضافاً إلى خروجه عن محلّ الكلام؛ لأنّه كما مرّ في تقديم القبول بما هو قبول على الإيجاب لا في تقديم إيجاب على آخر ـأنّه كيف يصحّ حينئذٍ كونه علّة لجواز تقديم القبول بتلك الألفاظ على الإيجاب؟ والحال أنّه ليس فيها رائحة القبول؛ لأنّ المراد منه شيء واحد، والاختلاف في ألفاظه لو كان إنّما هو من حيث الصّراحة فيه وعدمها، وذاك الشّيء الواحد إمّا

مطاوعة الإيجاب أو الرّضا به إمّا مع تضمّنه إنشاء نقل الثّمن في الحال كما اختاره المصنّف، أو مطلقاً كما قوّيناه، وكلاهما منتفٍ؛ لتوقّف حصولهما على لحاظ صدور الإيجاب من الغير والمفروض عدمه.

وإن كان المراد منه: الإنشاء الملحوظ فيه ما ذكر لصحّ التّعليل، ولكن يشكل قوله: «وحينئذٍ فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول»؛ ضرورة وجود الرّضا بالإيجاب، وكذا المطاوعة الإيقاعيّة في حقيقة الاشتراء الصّادر مع اللحاظ المذكور، وإن تقدّم على الإيجاب.

وتوهّم أنّ تحقّق القبول بالمعنى المذكور في الاشتراء مبنيّ على ملاحظة صدور الإيجاب، وإلّا كما هو قضيّة قوله: «من حيث هو» فلا، مدفوعٌ بأنّ المراد من قوله: «من حيث هو» بقرينة ما بعده: تجرّده عن قيد التأخّر والتقدّم، لا تجرّده عن ملاحظة صدور الإيجاب عن الغير.

نعم لو كان المراد من القبول المطاوعة الحقيقيّة لا الإيقاعيّة لاندفع الإشكال المذكور، إلّا أنّه لا يصحّ إرادتها لما مرّ تفصيلاً؛ مضافاً إلى أنّ قضيّة ذلك أنّ المراد من القبول في أبواب العقود هو المطاوعة الحقيقيّة دون الرّضا بالإيجاب، وهو خلاف ما صرّح به بقوله: «قلت»، مع أنه ينافي قوله : «فكلّ من رضيت» إلى قوله: «متعاكسان»، فتأمّل وافهم.

٢٥/٩٧ **قوله: لمّا كان الغالب.**

أقول: قد مرّ أنّ المدار في اتّصاف الاشتراء ونحوه بعنوان القبول الإيقاعي وعدمه فيما إذا كان المراد منه إنشاء المالكيّة ابتداءً، لا قبول الشّراء بمعنى البيع على ماهو قضيّة باب الافتعال، إنّما هو على ملاحظة صدور الإيجاب عن الغير وعدمها لا التأخّر والتقدّم.

قوله: وإنشاء انتقال مال البائع.

أقول: هذا عطف على «الغالب»، فيكون قوله «يوجب» في محلّ النّصب

على الخبريّة «لكان»، كما أنّ «وقوعه» بالنصب خبره في المعطوف عليه، وقوله: «أطلق» جواب «لمّا».

وعلى أيّ حال يشكل ما ذكرهﷺ من سببيّة تأخّر إنشاء الانتقال لتحقّق عنوان الانتقال بأنّ المنشأ بقوله: «اشتريت» و«ابتعت» و«تملّكت» إن كان كالمنشأ بقوله: «ملكت» بالتخفيف هو مالكيّة المشتري للمبيع كما يدلّ عليه قولهﷺ قبل ذلك: «لأنّه ـ أي المشتري ـ أنشأ ملكيّته للمبيع» فلايمكن أن ينطبق عليه عنوان المطاوعة؛ للمباينة التّامة بينهما سواء تقدّم عليه أو تأخّر عنه كما هو ظاهر.

وإن كان المنشأ بها هو الافتعال بمعنى قبول النقل ـ كما هو قضيّة باب الإفعال والتفعل، كما هو صريح كلامه هنا ـ فلايمكن انفكاكها عن مفهوم المطاوعة من دون الفرق أيضاً بين صورة التقدّم والتأخّر، إلّا في خلوّها عن إنشاء نقل ماله في الحال في الأُولى دون الثانية، فلايجوز حينئذٍ تقدّمها أيضاً، مثل ما إذا كان بلفظ «قبلت» على مختاره من اعتبار التضمّن للنّقل الحالي في القبول.

قوله: وهذا المعنى مفقود. ٢٦/٩٧

أقول: يعني تحقّق المطاوعة ومفهوم القبول بواسطة مجرّد التأخّر مفقود في الإيجاب المتأخّر لفقد ما يوجبه، وهو إنشاء البائع انتقال الثمن إلى نفسه بالمدلول المطابقي للصيغة؛ لأنّه بالمدلول الالتزامي، كما أنّ نقل المشتري إيّاه إلى البائع ـ وإن تقدّم ـ إنّما هو بالدلالة الالتزاميّة لا المطابقيّة.

قوله: بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف. ٣٥/٩٧

أقول: يعني صحّة تقديم القبول بلفظ «اشتريت» ظاهر إطلاق قوله: «لأنّ ماعداه» يعني ماعدا الاستيجاب والإيجاب مجمع على صحّته؛ حيث إنّ الموصول، كما يعمّ جميع أفراد الصّيغة الحاصلة من اختلاف الألفاظ في الهيئة

من الماضي والمضارع، كذلك يعمّ أفراده الحاصلة من اختلافها من حيث تقدّم الإيجاب على القبول والعكس.

هذا، ويمكن منع كونه في مقام الإطلاق من هذه الجهة، بل تمام نظره إلى التعميم من حيث هيئة الإيجاب والقبول، ولا نظر له إلى تعميمه من حيث الصّيغة المركّبة منهما.

١/٩٨ **قوله: وقد عرفت عدم الملازمة.**

أقول: لعلّه يشير إلى قوله سابقاً: «بل لو قلنا بكفاية التّقديم بلفظ قبلت» فتأمّل.

٣/٩٨ **قوله: فمن العجب بعد ذلك.**

وهن الإجماع المنقول على وجوب تقديم الإيجاب ٣: ١٥٣

أقول: أي بعد انحصار المصرّح بعدم جواز تقدّم القبول على الإيجاب في الحلي وابن حمزة، وظهور كلام من عداهما من العلماء وصريح بعض آخر منهم في الجواز، ماتقدّم عن غاية المراد من حكاية الإجماع عن الخلاف على لزوم تقديم الإيجاب.

هذا، مع أنّه لا دلالة في كلامه على دعواه الإجماع على ذلك؛ لأنّه لم يزد على الاستدلال ومفاده: دعوى الإجماع على صحّة العقد بغير الاستيجاب والإيجاب، وأين هذا من دعوى الإجماع على اعتبار تقديم الإيجاب؟

١١/٩٨ **قوله: لأنّ الإيجاب إنشاء للفعل.**

التحقيق عدم الجواز ٣: ١٥٤

أقول: الظاهر أنّه علّة للمستثنى، أعني: صدق الارتهان على قبول الشّخص بعد تحقّق الرّهن، يعني: أنّه بعد تحقّق إنشاء الرّهن يصير قبول الرهن إنشاء لانفعاله، فيصدق عليه عنوان الارتهان الذي هو عبارة عن انفعال فعل الرّاهن، وهذا بخلاف ما إذا لم يتحقّق إنشاء الرّهن بأن تقدّم القبول على الإيجاب؛ فإنّه لايصير إنشاء انفعال حينئذٍ، بل يكون مجرّد رضاً بفعل الرّاهن،

وهو ليس ينطبق عليه عنوان الارتهان.

هذا، وفيه: منع توقّف صدقه على تقديمه عليه كما لا يخفى على المتأمّل.

لزوم تأخير القبول في المصالحة المشتملة على المعاوضة ٣: ١٥٥

قوله: إذ لا قبول فيها بغير لفظ «قبلت» و«رضيت»... إلى آخره. ١٦/٩٨

أقول: يمكن قبولها بلفظ «صلحت» أيضاً.

ما يجوز تقديمه من تلك الأقسام ٣: ١٥٦

قوله: لايكون إلّا في القسم الثاني من كلّ من القسمين. ٢٠/٩٨

أقول: يعني مع قطع النظر عن الإجماع على توقّف العقد على القبول، وأمّا مع ملاحظته فلايكون إلّا في القسم الثاني من القسم الثاني.

[● القول في الموالاة]

اشتراط الموالاة في العقد ٣: ١٥٧

قوله: ومن جملة شرائط العقد: الموالاة. ٢٣/٩٨

أقول: مورد البحث ما إذا كان الموجب باقياً على المعاهدة إلى زمان القبول؛ إذ البطلان عند عدمه إنّما هو من جهته لا من جهة فوات الموالاة؛ ولذا يبطل مع الموالاة أيضاً.

فحينئذٍ نقول: إنّ قضيّة إطلاق الأدلّة عدم اعتبار الموالاة في الفرض المذكور؛ لصدق عناوينها من العقد والبيع والتجارة بدون الموالاة أيضاً، إلّا أن يمنع الإطلاق بدعوى انصرافه إلى المتعارف، وهو صورة عدم الفصل بين الإيجاب والقبول، فتدبّر.

ما أفاده الشهيد في اعتبار الموالاة ٣: ١٥٧ ـ ١٥٨

قوله: قال الشهيد في القواعد. ٢٣/٩٨ ـ ٢٤

أقول: قاله في القاعدة الخامسة والسّبعين.

قوله: ونحوه.

أقول: ممّا يعدّ فيه الشّيئان أو الأشياء واحداً، والجزءان أو أجزاء المركّب واحداً.

قوله: وهي مأخوذة من اعتبار الاتّصال.

أقول: الأولى في توجيه كلام الشّهيد‌رحمه‌الله أن يقال: إنّ اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه، وعدم اعتباره بكلا قسميه من الاستثناء بالمشيئة ومن الاستثناء بغيرها، كان محلّ الخلاف من صدر الإسلام وزمن الرسول‌صلى‌الله‌عليه‌وآله، وقد عقدوا له باباً في بعض كتب الأُصول وشرح المختصر وغيرهما على ما حكي، وعقدوا له بالنسبة إلى أحد قسميه وهو الاستثناء بمشيئة الله باباً في كتب الأخبار كالكافي، وله فروع كثيرة مذكورة في تضاعيف أبواب الفقه.

فذهب جماعة ـ تبعاً لابن عبّاس ـ إلى عدم الاعتبار مستدلّين عليه بصدور استثناء المشيئة عن سيّد الأنبياء من قوله لليهود: «أُجيبكم غداً» بدون ذكر كلمة «إن شاء الله» حين سألوه عن أشياء بعد بضع خمسة عشر يوماً كما في بعض الرّوايات، أو أربعين يوماً كما في رواية الفقيه عن الصّادق‌عليه‌السلام على ما في الصّافي؛ وباستثنائه‌صلى‌الله‌عليه‌وآله الأذخر عن حرمة قطع نبات الحرم وأشجاره بعد سنة حين قال ابن عبّاس: «بعد سنة الأذخر، فقال‌صلى‌الله‌عليه‌وآله: إلّا الأذخر».

وذهب غيرهم إلى خلافه مُستدلّين عليه بأنّ المستثنى من توابع المستثنىٰ منه ولواحقه، وقضيّة التبعيّة عدم انفصاله عن المتبوع بحيث يعدّ تابعاً له، وإلّا فلو انفصل عنه فإن كان له تبعيّة اعتباريّة جعليّة فهو أمر مستقلّ آخر، وإلّا يكون لغواً.

والحقّ هو الثاني؛ إذ لاريب في تبعيّة الاستثناء للمستثنى منه، والظاهر أنّ ابن عبّاس لاينكر ذلك، وإنّما يقول ببقاء التّبعيّة مع الفصل الطّويل أيضاً.

وفيه ـ مع أنّه خلاف الوجدان ـ: أنّه لا دليل عليه؛ إذ ما استند إليه من الرواية ليس فيها قول: «إن شاء الله» بعد المدّة الطويلة، ولو سلّم فيدلّ على المطلب لو كان له ظهور في الرّجوع إلى الكلام السابق عليه بزمان طويل، وهو

ممنوع؛ لاحتمال أن يكون قوله صلى الله عليه وآله: «إن شاء الله» بعد نزول قوله: ﴿وَلا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذلك غَداً * إلّا أنْ يَشاء الله﴾[1] راجعاً إلى الالتزام بامتثال النهي المذكور في إخباره فيما بعد عن الأُمور المستقبلة، نظير أن يقول المولى لعبده: لاتشرب الخمر. فيقول العبد: إن شاء الله. يعني: لا أشرب الخمر إن شاء الله. بل هذا هو الظاهر بل المتعيّن؛ لأنّ مقتضى الآية الشريفة من وجوه عديدة استثناء المشيّة في الأُمور المستقبلة، ومعلوم أنّ قوله صلى الله عليه وآله لليهود: «أُجيبكم غداً» قد صار من الأُمور الماضية، فالقول المذكور خارج عن الآية موضوعاً، فلايكون النّبيّ صلى الله عليه وآله بواسطة الآية مكلّفاً باستثناء المشيئة من هذا القول المخصوص، بل يكون مكلّفاً باستثنائها من الأقوال المستقبلة، فلابدّ من إرجاع قوله صلى الله عليه وآله: إن شاء الله إلى امتثال التكليف في هذه الآية فيما بعد، فكأنّه قال: لا أقول: إنّي فاعل شيء فيما بعد بدون الاستثناء إن شاء الله.

نعم، في بعض الروايات الواردة عن الأئمّة عليهم السلام في تفسير قوله تعالىٰ: ﴿وَاذْكُرْ رَبَّكَ إذا نَسيتَ﴾[2] مايدلّ على اتصال كلمة «المشيئة» بالمستثنى منه السابق الصادر عن المتكلّم وارتباطه به:

إمّا مطلقاً كما في رواية الكافي عن الصّادق عليه السلام حين سئل عن قوله تعالىٰ: ﴿وَاذْكُر رَبَّكَ إذا نَسيتَ﴾ قال: «ذلك في اليمين إذا قلت: والله لا أفعل كذا وكذا، فإذا ذكرت أنّك لم تستثن فقل إن شاء الله». وروى العيّاشي هذا المضمون في عدّة روايات.

وإمّا إلى أربعين صباحاً كما في رواية العيّاشي عن الصّادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام الاستثناء في اليمين متى ما ذكر وإن كان بعد أربعين صباحاً، ثمّ تلا هذه الآية».

---

(١) الكهف: ٢٣ ـ ٢٤.

(٢) الكهف: ٢٤.

وإمّا إلى سنة كما في بعض الروايات.

ويمكن الجواب عنها: أمّا عن مطلقاتها، فتارة بتقييدها بقوله عليه السلام: «واذكر ربّك» مالم ينقطع الكلام، وأُخرى بحمل ذكر المشيئة فيها على ذكرها لغرض الانقطاع، لا لأجل التّقييد بها حقيقة، وبهذا الوجه الأخير يجاب عمّا هو صريح في الدّلالة على المطلق، فتأمّل؛ فإنّه لا يخلو عن إشكال.

وأمّا عدم دلالة رواية الأذخر؛ فلاحتمال إعادة الكلام المستثنى منه ثانياً حين استثناء الأذخر.

وكيف كان، فالذي استقرّ عليه المذهب ونجزم به هو القول الثاني؛ فإن قدرنا على الجواب عن الرّوايات فهو، وإلّا فنذرها في سنبلها ونرجو فهم معناها حتّى نلقى إمامنا عجّل الله فرجه وجعلنا من أنصاره إن شاء الله.

ثمّ إنّهم تعدّوا عن الاستثناء إلى سائر التّوابع الكلاميّة، بل مطلق التّوابع ولو غير الكلاميّة، فاعتبروا الاتّصال بينها وبين متبوعاتها.

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ المستفاد من التّأمّل في أغلب موارد القواعد أنّ الشّهيد قدس سره لم يسلك فيها على ما جرى عليه ديدن العلماء خلفاً عن سلفٍ ـ في مقام تأسيس الأصل والقاعدة وتفريع الفروع عليه ـ من جعلهم الأصل المؤسّس طريقاً إلى استعلام الحكم في الفروع الخالية عن الدّليل؛ ولذا نراه قدس سره ـ في مقام تفريع الفروع ـ يذكر أُموراً مسلّمة مدلولاً عليها بالدّليل الخاصّ واحداً بعد واحد، بحيث كان الأصل الذي أسّسه مستغنى عنه في كلّ واحد من الفروع، وإن شئت فلاحظ ما كتبه قدس سره في قاعدتي الحرج والضرر تجده كما ذكرنا.

فحينئذٍ لابدّ أن يكون غرضه من كون ماجعله أصلاً لجملة من الفروع: أنّ الفروع التي قد علم فيها حكم الشارع بحكم خاصّ من دليل عامّ أو خاصّ إنّما لاحظ الشّارع فيها ذاك الذي جعله أصلاً وقاعدة، ففيما نحن فيه مثلاً قد

لاحظ الشارع التبعيّة ـ الذي هو ملاك اعتبار الاتّصال بين المستثنى والمستثنى منه الذي منه تعدّوا إلى سائر التّوابع ـ وراعاها فيما حكم فيه بالموالاة، كما في العقود على ماتوهّمه الشهيدﷺ من قيام الدليل على اعتبارها فيها، بقرينة جريان عادته في هذا الكتاب على تفريع الأمر المعلوم حكمه من غير جهة الأصل الذي أسّسه عليه، بمعنى أنّ منشأ الحكم بالموالاة في العقود ـ على تقدير تسليمه ـ هو لحاظ التبعيّة، وكون القبول تابعاً للإيجاب، وقد استوفينا الكلام في بطلان ذلك في المسألة المتقدّمة فراجع.

وكذا منشأ الحكم بفوريّة توبة المرتدّ بعد الاستتابة منه أيضاً لحاظ تبعيّة التّوبة للاستتابة على نحو يصحّ أن يقال: استتيب فتاب، بمعنى أنّه لاحظ تبعيّة الثاني للأوّل، فحكم بفوريّة التّوبة حفظاً للتّبعيّة الملحوظة.

وكذلك لاحظ أيضاً دخل تبعيّة المأمومين للإمام قبل الرّكوع في صحّة جمعتهم، فحكم بالبطلان عند عدم تحريمهم قبله؛ لفوات التبعيّة الخاصّة حينئذٍ التي لها دخل في الصّحة.

وكذا قد لاحظ في تعريف اللقطة تبعيّة التعريف اللاحق للسّابق، بحيث يعدّ الثاني إعادة وتكراراً للأوّل، فحكم بالموالاة حفظاً لهذه التبعيّة، وكذلك الكلام في الفروع الآتية فتفطّن.

ثمّ إنّ وجه أولويّة ما ذكرناه عمّا ذكره المصنّف يعلم ممّا نعلّقه على كلماته الصّادرة عنه في مقام التوجيه.

قوله: ومنه الفورية في استتابة المرتد. ٢٥/٩٨

أقول: يعني من التّوالي فوريّة توبة المرتدّ.

قوله: «ومنه السّكوت».

يعني: من التوالي اعتبار عدم كثرة السكوت في أثناء فصول الأذان، فإن كان كثيراً أبطله، وقال متّصلاً بذلك: «وكذا الكلام عند طول الفصل»، يعني:

طول الفصل بين فصول الأذان مطلقاً ولو كان بغير السّكوت كالتكلّم بكلام آخر، فيكون هذا بعد ذكر «السّكوت» من ذكر العامّ بعد الخاصّ، وقضيّة إطلاق كلامه بطلان الأذان بذكر أوصافه تعالى بعد التكبير والشهادة بالتوحيد، وذكر أوصاف النبيّ بعد الشهادة بالرسالة فيما إذا [حصل] الفصل بذلك.

٢٦/٩٨ **قوله: ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها في خلالها.**

أقول: ضمير «منه» يرجع إلى طول الفصل في كلامه السّابق السّاقط من المتن: وهو قوله: «وكذا الكلام عند طول الفصل»، وقد مرّ شرحه. وقوله: «أو قراءة غيرها» عطف على السّكوت الطويل، يعني: ومن طول الفصل قراءة غير القراءة في خلال القراءة، وكذا التشهّد يعني مثل القراءة التشهّد فيبطله طول الفصل في أثنائه بالسّكوت أو بقراءة غير التشهّد.

قوله: ومنه تحريم المأمومين.

أقول: ومن أفراد التوالي الموالاة بين تحريم المأمومين في صلاة الجمعة وبين تحريم الإمام، بحيث لايتأخّر تحريمهم عن تحريمه إلى الرّكوع؛ ومن التوالي: الموالاة في تعريف اللقطة بحيث لاينسى أنّه ـ أي التعريف ـ تكرار للتّعريف السابق؛ والموالاة في سنة التعريف أي إيصال شهور سنة التعريف، فلو رجع عن التعريف في أثناء مدّة السّنة بأن عرّفها ثلاثة شهور من سنة ثمّ ترك التعريف ستّة أشهر مثلاً ثمّ عرّفها تسعة أشهر لم يكف بل استؤنفت السّنة؛ لتوالي التعريف في السنة. وقال في التذكرة بعد جملة كلام له: فإذا عرّفها متفرّقاً لم يجب الاستئناف وكفاه التّلفيق. انتهى، وهو مشكل.

٢٨/٩٨ **قوله: حاصله أنّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتّصالية.**

أقول: يعني الأُمور المتدرّجة إذا كان له صورة اتّصاليّة تتوقّف من حيث الوجود الخارجي على حصول هذه الصورة، وكانت تلك الأُمور موضوعاً لحكم شرعيّ فلابدّ في ترتّب الحكم عليها من حصول تلك الصورة، وإلّا لزم

وجود الحكم في غير موضوعه.

هذا، وفيه: أنّ هذه الكبرى لا إشكال فيها، وإنّما الإشكال في جعل مانحن فيه من صغرياتها؛ لأنّ العقد الموضوع لجملة من الأحكام وإن كان أمراً تدريجيّاً له صورة اتّصاليّة، إلّا أنّه لايتوقّف وجوده على وجود تلك الصورة لما مرّ من كون المدار في صدقه على بقاء الموجب على عهده إلى زمان مجيء القبول لا على الموالاة، فتأمّل.

المناقشة فيما أفاده الشهيد ٣: ١٥٩ ـ ١٦٠

قوله: وما ذكره حسن لو كان الحكم. ٣١/٩٨

أقول: لا حسن فيه؛ لأنّه لو تمّ لزم اعتبار الموالاة في العقد الجائز مثل اللازم؛ لكونه مثله في إناطة على صدق العقد، مع أنّه لا بأس بالفصل وعدم الموالاة فيه، فتدبّر.

قوله: فلأنّه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة. ٣٤/٩٨

أقول: كونه منشأ الانتقال إلى قاعدة اعتبار الصورة الاتّصالية في مقام ترتيب الحكم على الأُمور التي لاتوجد في الخارج إلّا مع تلك الصورة فرع انطباق القاعدة عليه وكونه فرداً منها، وهو ممنوع؛ لأنّ الأصل المذكور وإن كان تدريجيّاً له صورة اتّصالية لايحصل بدونها، إلّا أنّه لم يجعل موضوعاً لحكم شرعي في مورد فضلاً عن اعتبار الاتّصال فيه في ترتيب الحكم، فلايصحّ جعله منشأ للانتقال إليها.

قوله: ويحتمل بعيداً. ٣٥/٩٨

أقول: وجه البعد أنّ ثبوت اعتبار الاتّصال فيما كان الرّبط فيه أشدّ لايلازم ثبوته فيما كان الربط فيه أخفّ.

قوله : إلى سائر الأُمور المرتبطة بالكلام لفظاً أو معنى. ٩٩/١ـ٢

أقول: يعني ولو لم تكن من أجزاء الكلام.

ثمّ إنّ قوله: «ومن حيث صدق» عطف على قوله: «لفظاً». أي من

حيث اللفظ.

٣/٩٩ **قوله: فإنّ غاية مايمكن توجيهه.**

أقول: لايخفىٰ ما فيه؛ إذ بناء على أن يكون غرض الشهيد من جعل الأُمور المذكورة فروعاً له ومصاديق منه، ما وجّه به كلامه بقوله: «حاصله» الذي مرّ شرحه، لا وجه لذكر الشهيد﵀ خصوص مسألة استتابة المرتدّ ووجوب توبته عن الارتداد؛ لأنّ ما ذكره في وجه الفوريّة هناك، وكونه من أفراد ما جعله مرام الشهيد، جارٍ في التوبة عن جميع المعاصي؛ لأنّ المطلوب في الانقياد الذي هو مقتضى العبوديّة هو الاستمرار؛ فإذا انقطع بالمعصية في زمان فلابدّ من إعادته في أقرب الأوقات.

ومن ذلك يعلم أولويّة ما ذكرناه في توجيه كلامه؛ إذ بناء عليه لا مجال لهذا الإيراد؛ حيث إنّ مسألة توبة المرتدّ بالخصوص هو الذي راعى الشارع تبعيّة التوبة للاستتابة في قولها بالنسبة إلى سقوط القتل ونحوه عنه، وهذا بخلاف التوبة عن سائر المعاصي؛ فإنّها وإن كانت فورية أيضاً لكن لا من جهة التبعيّة بين المعصية وبين التوبة عنها في قبولها، بل من جهة أنّ ترك التوبة في كلّ آنٍ بنفسه قبيح؛ ولهذا يصحّ التوبة عن المعصية وتقبل في جميع الأزمنة غير زمان مشاهدة العذاب بنصٍّ من الآيات والأخبار المتواترة، بخلاف توبة المرتدّ؛ فإنّها لايصحّ بدون الموالاة، بمعنى عدم كفايتها في المنع عن القتل وبينونة الزّوجة وانتقال المال إلى الورثة.

٤/٩٩ **قوله: وللتّأمّل في هذه الفروع وفي صحّة تفريعها.**

أقول: نعم يمكن منع اعتبار الفوريّة في الفروع المذكورة، إمّا لعدم الدّليل عليه، فيرجع إلى أصالة العدم؛ وإمّا لوجود الدليل على العدم، ولا فرق في ذلك بين ما ذكرناه وما ذكره المصنّف﵀ توجيهاً لكلام الشهيد﵀.

وأمّا تفريع الفروع على الأصل المذكور، فالتّأمّل في صحّته بعد تسليم

صحّة أصلها مختصّ بما فسّر به المصنّف الأصل عند التوجيه بقوله: «وأما جعل المأخذ في ذلك»، وأما بناء على ما فسّرناه ووجّهناه به فلا مجال للتأمّل فيه؛ إذ كلّ واحد من الفروع بعد تسليم اعتبار الفوريّة فيه في الشريعة قد روعي فيه التبعيّة وحكم بالفوريّة تحفّظاً على هذه التبعيّة، فتأمّل جيّداً.

[● التنجيز في العقد]

وجه اشتراط التنجيز ٣: ١٦٤-١٦٦

قوله: أمّا الكلام في وجه الاشتراط. ١٥/٩٩

أقول: تحقيق المطلب: أنّ الإنشاء مقابل الإخبار قائم بأمرين: استعمال اللفظ في المعنى، والقصد والبناء على تحقّق المعنى المستعمل فيه به، وأمّا كون الدّاعي في ذلك هو الجدّ لا الأغراض الأُخر فهو معتبر في تأثير الإنشاء، فنقول:

إنّ الصّيغة المنشأ بها المقصود إمّا أن يكون جملة اسميّة، مثل: «هذا لك بإزاء هذا، وأنت حرّ بعد وفاتي، وأنت طالق إن كان كذا» أو فعليّة فعلها ماضٍ؛ مثل: بعت وأعتقت. أو مضارع، مثل أبيع إنشاء.

وعلى التقادير: قيد الشرط في الصيغة ـ وكذلك سائر القيود بجميع أقسامه المذكورة في المتن من حيث الحاليّة والاستقباليّة والعلم بالحصول والجهل به ـ إمّا قيد للإنشاء وراجع إلى أحد مقوميّة الاستعمال والبناء، أو قيد للمنشأ هيئة أو مادّةً.

والأوّل: هو صورة رجوع القيد إلى الإنشاء بجميع أقسامه، عدا ما يكون القيد فيه أمراً حاليّاً معلوم الحصول باطل؛ لفوات الإنشاء الذي هو السبب في وجود الأثر إلّا في هذه الصورة، كما هو ظاهر.

والثاني: وهو ما كان القيد راجعاً إلى مفاد الهيئة، وهو جهة إضافة المادّة إلى الفاعل، وارتباطها به بمعنى رجوعه إلى نسبة صدور المادّة من الفاعل؛ بناء

على قابليّة مفاد الهيئة للتّقييد كما هو الحقّ.

ويمكن أن يفصّل فيه بين كون صيغة العقد أو الإيقاع جملة اسمية، وبين كونها جملة فعليّة، بالقول بصحّة التعليق في الأوّل وبطلانه في الثـاني؛ وذلك لعدم المانع من الصحّة في الأوّل؛ إذ الجملة الاسميّة لا دلالة فيها على الزّمان، وإنّما تدلّ على صرف ثبوت المحمول للموضوع، وهو قابل لأن يقيّد بالزّمان المستقبل وبمقابليه.

هذا فيما إذا كان المعلّق عليه معلوم الحصول، وأمّا في مجهوله، فقضيّة دليل نفي الغرر بطلانه في البيع أو مطلق المعاوضة، بخلاف الثـاني؛ حـيث إنّ التعليق فيه منافٍ لمدلول الفعل ماضياً كان أو مضارعاً؛ أمّا في الماضي فـلأنّ مدلوله صدور الفعل قبل حصول القيد، وقضيّة التـعليق صـدوره بـعده؛ وكـذا الكلام في المضارع فيما إذا قصد به الإنشاء، ولا مـجال للـتصرّف فـي أحـد الطرفين بقرينة الآخر للزوم محذور فوات الإنشاء على تقدير، ومحذور فوات التعليق على آخر.

نعم، يصحّ فيه إذا كان المعلّق عليه أمراً حالياً معلوم الحصول.

هذا بحسب الثـبوت، أمّـا بـحسب الإثـبات، فـالظاهر رجـوع القـيود الكلامية إلى مفاد هيئتها من النسبة بين المادّة والفاعل، ودعوى عـدم تـعقّله مدفوعة بما حرّرناه فـي مسألة الواجب المشـروط مـن الأُصـول، ومـرجـع التفصيل المذكور إلى الفرق بين كون المنشأ نسبة صدور الفعل عـن الفـاعل، فلايجامع التعليق على غـير الأمـر الخـالي المـعلوم الحـصول لرجـوعه إلى التناقض، وبين كونه مجرّد ثبوته له فيجتمع معه، وماهو دالّ عـلى الأوّل هـو الماضي والمضارع، وماهو دالّ على الثاني هو الجملة الاسميّة، وقد عرفت أنّ التعليق ينافي الأوّلين دون الأخير.

ومن هنا يظهر الوجه في صحّة التدبير والظّهار بـقوله: «أنت حـرّ بـعد

وفاتي» و«ظهرك كظهر أُمّي إن دخلت الدّار»، وبطلانهما إذا قال: «أعتقتك بعد وفاتي» و«ظاهرتك إن دخلت الدّار»، وهو أنّ المنشأ في القسم الأوّل الحريّة والشّباهة، أي ثبوتهما للعبد والزّوجة، وهما من النتايج الغير المنافية للتعليق، وفي الثاني الإعتاق والمظاهرة يعني تشبيه الظهر بالظهر، وهما من قبيل الأفعال المنافية للتعليق.

وظهر أيضاً قوّة القول بصحّة البيع بقوله في مقام الإنشاء: «هـذا لك، أو ملك لك، بكذا بعد مجيء رأس الشهر، أو إن دخل الشـهر» وبـطلانه إذا قـال: «انشاء: بعت أو أبيع هذا بعد هذا، أو إن دخل هذا»، والإيراد علىٰ صحّة الأوّل بأنّ البيع قد أُخذ في مفهومه عرفاً عدم التقطيع مدفوع بأنّه مُسَلّم فـي طـرف الانتهاء، وأمّا في طرف الابتداء فلا، فتأمّل فإنّه أيضاً ممنوع.

وأمّا الثالث، وهو ما كان التعليق راجعاً إلى مادّة المنشأ كالبيع والصّـلح والعتاق والطّلاق وغيرها من عناوين المعاملات المـقصود إيـجادها بـإنشاء الصيغة، فالتحقيق في اعتبار التنجيز وعدمه بناء عليه ملاحظة عنوان المعاملة، فإن أُخذ في حقيقة مفهومه التعليق على شـيء خـاصّ بـحيث يكـون لفـظه موضوعاً للماهية بشرط ذاك الخاصّ كالوصيّة، فيعتبر فيه التعليق عـليه، وإلّا لايكون وصيّة وإن أُخذ في مفهومه الإطلاق وعدم التقيد بتقدير بحيث يكون لفظه موضوعاً للماهيّة المطلقة المقيّدة بقيد الإطـلاق، فـيعتبر فـيه الإطـلاق والتنجيز وعدم التعليق على شيء، وإلّا يكـون المـنشأ شـيئاً آخـر غـير ذاك العنوان.

وإن لم يؤخذ في مفهومه لا هذا ولا ذاك، بحيث يكون لفـظه مـوضوعاً للماهيّة اللابشرط المقسميّ، فإن كان المقصود تحقّقه مطلقاً فلابدّ من الإطلاق والتّنجيز وعدم التعليق، وإن كان المقصود تحقّقه على تقدير دون تقدير، فلابدّ من التعليق. ويعلم الوجه في ذلك ممّا سبق؛ والعتق من هذا القبيل كما يشـهد

بذلك صحّة التدبير والمكاتبة والعتق المطلق.

والوجه في اعتبار التنجيز في بعض الصّور المذكورة واعتبار التعليق في البعض الآخر، إنّما هو منافاة خلافه لحقيقة عنوان المنشأ ومفهومه، وإن شكّ في أنّه من أيّ قسم من الأقسام الثلاثة المذكورة فيعتبر فيه التنجيز والإطلاق لكن لأصالة الفساد بدونه، ومع التعليق لعدم جواز التمسّك في تصحيحه بإطلاق دليل هذه المعاملة؛ لعدم إحراز موضوعه.

أما ما أُخذ في موضوعه عنوان هذه المعاملة مثل ﴿أَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1] و﴿تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾[2] و«الصّلح جائز بين المسلمين» فواضح؛ للشّكّ في صدق البيع والتجارة والصلح مع التعليق، وأمّا ما لم يؤخذ فيه ذلك كآية الوفاء بالعقد؛ فلأنّ المقصود من التّمسك به تصحيح عقد البيع المعلّق مثلاً بعنوان أنّه عقد البيع، لا بعنوان أنّه عقد ولو لم يصدق عليه البيع، والمفروض عدم إحراز كونه عقد بيع.

وعلى ما ذكرناه من التفصيل لا يمكن أن يكون البحث عن اعتبار التنجيز في عقود المعاملات على نحو القاعدة الكليّة؛ كي يرجع إليها في تمام أبواب المعاملات كما يظهر من الأصحاب؛ حيث إنّهم في غير واحد من الأبواب يحيلون البحث عن اعتبار التنجيز ـ كالبحث عن سائر شرايط الصّيغة مثل الماضويّة والعربيّة ـ إلى باب البيع؛ لأنّ عناوين المعاملات بالنسبة إلى اعتبار التنجيز وعدمه ليست على وزان واحد كما عرفت، بل لا بدّ من البحث عنه في كلّ باب، ومرجع البحث عنه فيه إلى البحث عن أنّ حقيقة المعاملة في هذا الباب من أيّ قسم من الأقسام المذكورة حتى يحكم عليه بحكمه من اعتبار التنجيز وعدم اعتباره، او اعتبار عدمه.

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

والظاهر اعتباره في البيع؛ لأنّه لو لم نقل بأنّه قد أُخذ في حقيقته عـرفاً التجاوز ورفع اليد عن العوضين مطلقاً، وعلى كلّ تـقدير المـنافي له التـعليق والتجاوز عنهما على تقدير خاصّ، فلا أقلّ من الشّك فيه، فيرجع إلى الأصـل على ما مرّ بيانه. والظاهر أنّ الحال في الإجارة والنكاح والطلاق على المنوال.

ثمّ إنّ المورد الذي قلنا بعدم جواز التعليق، لا فرق بين كون المعلّق عليه مجهول الحصول أو معلومه في المستقبل أو الحال، وأمّا التعليق في مثل «إن كان لي فقد بعته» و«إن كانت زوجتي فهي طالق» فهو خـارج عـن مـوضوع البحث؛ لأنّ المراد من المعلّق عليه في محلّ البحث ما كان عنوان المعاملة قابلاً للتّقييد به والإطلاق بالنسبة إليه وإلى عدمه، والمعلّق عليه في مثل المثالين غير قابل لإطلاق عنوان المعاملة كالبيع والطّـلاق بـالنّسبة إلى تـقديري وجـوده وعدمه بل مقيّد به قهراً، ومن هذا القبيل «بعتك إن شئت أو إن اشتريت».

وقد تحصّل أنّ الأقوى اعتبار التنجيز في البيع إمّا للأصل وإمّا لمـنافاة التعليق لحقيقة البيع عرفاً، وأمّا سائر المعاملات فلابدّ من التأمّل في حـقيقتها عند أهل العرف، والكلام في ذلك يأتي إن شاء الله في كلّ باب من أبوابها، هكذا ينبغي تحرير المسألة، فافهم واغتنم.

فلنرجع إلى شرح العبارة فنقول: إن كان المراد من الجزم في كلام العلّامة ما لعلّه الظاهر منه في كلام الشهيد، وهو الجزم الفعليّ بالإنشاء، بمعنى القـصد الفعليّ والبناء الجدّي إلى إنشاء المـعاملة وإيـجادها، فـلاريب فـي اعـتباره ومنافاته للتّعليق؛ حيث إنّ البيع وأمثاله من الأُمور القـصديّة المـحتاجة فـي تحقّقها إلى قصد الإيجاد في إنشاءاتها.

وقد مرّ أنّ قوام الإنشاء بالقصد إذا انعدم ينعدم، ومـرّ أيـضاً أنّ القـصد الفعلي لايجامع التعليق، إلّا أنّ قضيّة اعتباره بذاك المعنى عدم صحّة التعليق إلّا على أمر معلوم الوقوع حال الإنشاء؛ لأنّ الذي لا ينافي التعليق عـليه للـجزم

ليس إلّا هذا، وأمّا ما عداه حتّى معلوم الحصول في المستقبل فالتّعليق عليه ينافيه جزماً.

ومن هنا يتّجه الإشكال على إطلاق قول المصنّف: «ومقتضى ذلك ـ أي الوجه المستفاد من كلام العلّامة والشهيد ـ أنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول. انتهى»؛ إذ قضيّة إطلاق هذه العبارة جواز التعليق على أمر معلوم الحصول ولو في المستقبل، وقد مرّ أنّه أيضاً منافٍ للجزم بالمعنى المذكور فلابدّ أن لايجوز، ولا مجال لأن يراد منه مجهول الحصول في خصوص الحال وإن كان معلوم الحصول في الاستقبال؛ لأنّه منافٍ لما استدركه بقوله: «ولكن الشهيد في قواعده»؛ لأنّه صريح في أنّ المراد من مجهول الحصول ما كان كذلك مطلقاً حتى في الاستقبال.

فالإشكال متّجه وإن كان المراد منه الجزم بترتّب الأثر، فمعه وإن كان يسلم قوله المذكور عن الإشكال، إلّا أنّه لا دليل على اعتباره لا عقلاً ولا شرعاً، وقياسه على الإطاعة ـ حيث يتوقّف صدقها على الجزم بأنّ المأتيّ به مطلوب المولىٰ، بعد الغضّ عن منع اعتباره فيها، على ما حقّق في الأُصول ـ قياس مع الفارق؛ لأنّ الأسباب الشرعيّة كالأسباب العقليّة لايتوقّف تأثيرها على أزيد من وجودها الواقع سواء علم به أحد أم لا.

هذا، مع إمكان دعوى قيام الدّليل على عدم اعتباره، ألا ترى أنّهم يحكمون بصحّة العقد بدون التعليق في القصد والإنشاء مع تردّد المنشئ في ترتّب الأثر عليه، بل ومع اعتقاده بالعدم من جهة اعتقاده اعتبار أمر تركه، وليس في الواقع بمعتبر؟ وسيصرّح المصنّف بالصحة في ذلك.

١٨/٩٩ **قوله : قال: لأنّ الانتقال بحكم الرّضا.**

أقول: ذكره في أوائل الكتاب، وفي القاعدة الثانية والثلاثين قال :

قاعدة التكاليف الشرعيّة بالنسبة إلى قبول الشرط والتعليق أربعة أقسام:

الأوّل: مالايقبل شرطاً ولا تعليقاً، كالإيمان بالله ورسوله وحججه واعتقاد وجوب الواجبات... إلى أن قال :

الثاني: مايقبل الشّرط والتعليق على الشرط، كالعتق... إلى أن قال:

الثالث: مايقبل الشّرط دون التعليق على الشرط، كالبيع والصلح والإجارة والرّهن؛ لأنّ الانتقال بحكم الرّضا ولا رضا مع التعليق؛ إذ الرّضا يعتمد الجزم والجزم ينافي التعليق؛ لأنّه بعرضة عدم الحصول... إلى آخر ما ذكره المصنّف قدّس سرّه في المتن.

لايخفىٰ عليك أنّ الفرق بين الشرط والتعليق: أنّ المراد من الأوّل مايعبّر عنه بمثل قولك: بشرط أن تخيط ثوبي، في قولك: بعت هذا بهذا بشرط أن تخيط ثوبي. وأمثال ذلك.

والمراد من الثاني مايعبّر عنه بالقضيّة الشرطيّة ومايفيد مفادها مثل قولك: بعت هذا بهذا ان خطت ثوبي، وأمثال ذلك، ويأتي في باب الشروط ـ إن شاء الله ـ أنّ الأوّل راجع إلى التعليق لا محالة، وأنّ قولهم بالصّحّة في الصورة الأُولىٰ دليل على أنّ بطلان العقد من جهة التعليق ممّا لا أصل له، فانتظر لتتمّة الكلام هناك.

وعلى أيّ حال فشرح عبارته: أنّه يعني لأنّ الانتقال وترتّب الأثر على العقد إنّما هو لأجل الرّضا فعلاً بالانتقال، ولا رضا بالانتقال بحكم الأصل مع التعليق؛ إذ إحراز الرّضا بالانتقال يعتمد ويناط بالجزم بالنقل ويتوقّف عليه، والجزم به ينافي التعليق؛ لأنّ التعليق بحسب اقتضاء ذاته ـ لو خلّي ونفسه للشكّ والترديد في حصول الشرط المعلّق عليه وعدمه ـ يلازم كون المعلّق عليه في معرض احتمال عدم الحصول في المستقبل، ولو قدّر العلم بحصوله

في المستقبل من الخارج عن عالم مدلول اللفظ ومقتضاه، كما في موارد التعليق على الوصف الذي هو في الاصطلاح عبارة عن أمر معلوم التّحقق في المستقبل.

هذا مايرجع إلى شرح عبارة القواعد وبيان المراد منها، ويتّجه عليه: أنّ ما ذكره من كون الانتقال بحكم الرّضا ومتوقّفاً عليه... إلى آخره ممّا لا شبهة فيه، ولكنّه لايجدي في اعتبار التنجيز والمنع عن التعليق؛ إذ لازمه ليس إلّا كون الانتقال الواقعي منوطاً بالرّضا الواقعي ومترتّباً عليه، فإن كان الرّضا الواقعي منجّزاً غير معلّق على شيء كان المترتّب عليه هو الانتقال المنجّز، وإن كان معلّقاً على شيء كان المترتّب عليه هو الانتقال المعلّق.

هذا لو كان المراد من الرّضا الواقعي، وأمّا لو كان المراد منه الرّضا المحرز بالفعل، كما يدلّ عليه قوله: «ولا رضا إلّا مع الجزم»؛ إذ المراد منه الرّضا الفعلي المحرز وجوده كما بيّنّاه في شرح العبارة، فيتّجه عليه: أنّه لا دليل على اعتبار الرّضا بذاك المعنى في الانتقال الواقعي.

وبالجملة: ما ذكره من التعليل راجع إلى القياس بنحو الشكل الثاني، ويرد عليه: منع الصّغرى على تقدير، ومنع الكبرى على آخر، فتدبّر.

٢١/٩٩ **قوله ﷺ في حكاية كلام الشهيد ﷺ: لأنّ الاعتبار بجنس الشرط.**

أقول: لم أفهم معلول هذه العلّة على نحو أطمئنّ به، ويحتمل أن تكون علّة لعلّية كون التعليق بعرضة عدم الحصول؛ لمنافاته للجزم، يعني: أنّ الوجه في سببيّة كونه في معرض عدم الحصول لمنافاته للجزم: أنّ الاعتبار لجنس الشّرط ومايقتضيه الاشتراط بحسب الوضع الأوّلي، لو خلّي ونفسه دون مايقتضيه الشرط بلحاظ ماهو خارج عن حاقّ مدلول اللفظ من الخصوصيّات الخارجيّة الموجب لاعتبار أنواعه المقتضي للتفصيل في منافاته للجزم بينها وجوداً وعدماً، ففي مرحلة اعتبار عدم التعليق في العقد قد اعتبر جنس الشّرط

ولوحظ هو بما له من المعنى الاقتضائي العام الساري في جميع الأفراد، لا الشرط بما له من الخصوصيّات النوعيّة والشخصيّة، فافهم.

قوله: إن قلت: فعلى هذا يبطل. ٢٢/٩٩

أقول: حاصل السّؤال: أنّه لو كان المدار على جنس الشرط لزم بطلان العقد حتى في قوله في صورة إنكار التوكيل: «إن كان لي فقد بعته منك» ممّا كان التعليق على أمر معلوم الوجود في ظرف الإنشاء، والحال أنّه صحيح، فيستكشف من ذلك أنّ المدار والاعتبار بخصوصيّات الشرط لا جنسه.

وأمّا إنّ التعليق في الفرع المذكور في السؤال على أمر محقّق الوقوع في حال الإنشاء فلدلالة قوله في الجواب: «إنّ هذا تعليق على واقع»، يعني: على أمر يعلمان أنّه واقع في ظرف الإنشاء؛ ضرورة أنّ مجرّد وقوعه في ظرف الإنشاء في الواقع بدون العلم به لا يمنع عن الترديد، ومعه يبقى التنافي بين التعليق عليه وبين الجزم على حاله.

هذا، مضافاً إلى كلام له في أواخر القواعد يدلّ عليه، وسيأتي نقله بعين ألفاظه.

قوله: قلت هذا تعليق على أمر واقع.

أقول: حاصل الجواب أنّ التعليق هنا صوريّ صرف لا واقعيّة له؛ إذ يعتبر في حقيقة التعليق عدم العلم بتحقّق المعلّق عليه حين التعليق وجنس الشرط الذي قلنا: إنّ الاعتبار به لا بخصوصيّة أفراده، إنّما المراد منه هو بمعناه الحقيقي المتوقّف تحقّقه على ترقّب المعلّق عليه وتوقّع حصوله الموقوف على عدم العلم بتحقّقه عند التعليق، فهذا التعليق الموجود في الفرع المذكور صوريّ محض؛ لأنّه تعليق على أمر واقع يعلمان بوقوعه حين الإنشاء لا أمر متوقّع الحصول لا يعلم كلاهما أو أحدهما وجوده.

فهو، أي المعلّق عليه أعني كون المبيع للبائع من جهة تحقّقه حين

التعليق ـ إمّا علّة لوقوع البيع وصدوره عن البائع، أو مصاحب له مجرّداً عن عليّته له؛ وذلك لأنّه لا يخلو حال البائع عن أن يكون العلّة الدّاعية له إلى البيع كون المبيع للبائع بحيث يكون مآل قوله: «إن كان لي» إلى قوله: «لمّا كان لي فالأوّل» وإمّا أن يكون العلّة له شيئاً آخر غيره، ويكون كونه له من المقارنات لها من باب الاتّفاق؛ بحيث يكون مآل قوله المذكور إلى قوله: «هو لي فالثاني».

ولا يصدق على هذا الأمر المعلوم التحقّق حين الإنشاء بالفرض أنّه أمر معلّق عليه الوقوع، أي وقوع البيع وصدوره عن البائع، إذا علم ممّا مرّ أنّه يعتبر في صدق عنوان المعلّق وانطباقه على شيء ـ مثل البيع في المقام ـ عدم تحقّق المعلّق عليه في ظرف الانطباق، ككون المبيع للبائع والمفروض في الفرع المذكور تحقّق كونه له فيه، فلا يكون التعليق على حقيقته، وإنّما يكون هو صورة تعليق.

وأمّا بحسب اللب والواقع فهو ـ أي الشرط المعلّق عليه ـ إمّا علّة للوقوع والصدور، أو مصاحب للوقوع المسبّب عن علّة أُخرىٰ.

ثمّ الوجه في تقييد قوله: «واقع» بقولنا: «يعلمان بوقوعه» إنّما هو كلامه في موضوع آخر نذكره فيما علّقناه على قول المصنّف، ويظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد.

وكيف كان، فظاهر كلام العلّامة والشهيد ﴿قدس سرهما﴾ بل صريحه هو بطلان مثل قوله: «إن كان لي فقد بعته بكذا» أو «إن كانت زوجتي فهي طالق» فيما إذا شكّ المنشئ في كونه له أو كونها زوجة؛ لأجل التعليق.

وقد حقّقنا أنّ مثل ذلك ممّا كان مقيّداً قهراً ولم يكن قابلاً للإطلاق بالنسبة إلى المعلّق عليه ومقابله خارج عن موضوع البحث في المقام، فتدبّر.

٢٥/٩٩ **قوله في حكاية كلام العلّامة: «فإنّه لا يوجب شكّاً في البيع ولا في وقوعه».**

أقول: أي ترديداً في إنشاء التمليك والبيع، ولا في ترتّب الأثر عليه.

صور التعليق في العقود ٣: ١٦٦

قوله: إمّا أن يكون معلوم التحقّق.

أقول: لم يذكر صورة العلم بعدم التحقّق؛ لأنّه إمّا أن يكون معلوم العدم في الحال والاستقبال معاً، أو يكون معلومه في أحدهما، والتعليق في الأوّل لا يصدر من مريد البيع؛ إذ مرجعه إلى عدم قصد البيع، وأمّا الأخير فهو بأقسامه مندرج في التقسيم المذكور في المتن.

قوله: أو المستقبل. ٢٦/٩٩

أقول: أو هنا لمنع الخلوّ، وعليه: يكون الأقسام بعد إسقاط المتداخل والمكرّر منها ثمانية.

قوله: ككون الشيء ممّا يصحّ تملّكه شرعاً. ٢٦/٩٩ ـ ٢٧

أقول: كأن لا يكون خمراً ولا خنزيراً.

قوله: وكون المشتري. ٢٧/٩٩

أقول: هذا عطف على الكون الأوّل المجرور بالكاف.

التعليق على معلوم الحصول حين العقد ٣: ١٦٧

قوله: فما كان معلوم الحصول حين العقد. ٣٠/٩٩ ـ ٣١

أقول: يعني به معلوم الحصول مطلقاً ولو لم تكن صحّة العقد معلّقة عليه، وسواء صرّح به أم لا، وسواء كان معلوم الحدوث في المستقبل أيضاً أو مجهوله فيه، أو معلوم العدم، فالأقسام اثنا عشر.

التعليق على معلوم الحصول في المستقبل ٣: ١٦٧

قوله: معلوم الحصول في المستقبل. ٣٢/٩٩ ـ ٣٣

أقول: ومعلوم العدم في الحال أو مشكوكه فيه، سواء كان مصحّحاً للعقد أم لا، وسواء صرّح به أم لا.

التعليق على معلوم الحصول حين العقد ٣: ١٦٧

قوله: وحكي أيضاً عن المبسوط. ٣١/٩٩

أقول: يعني وحكي عدم القدح في التعليق على معلوم الحصول حين العقد.

٣٣/٩٩ ـ ٣٤ **قوله: كما اعترف به الشهيد رحمه الله فيما تقدّم عنه.**

أقول: يعني به قوله في السابق؛ لأنّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه بعد قوله، ولو قدّر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف؛ إذ لو لم يحصل الجزم حينئذ لما كان وجه لهذا التعليل.

ثمّ لا يخفى أنّ في المتن سقطاً بين قوله: «به» وبين «الشهيد الثاني»، والعبارة هكذا: كما اعترف به الشهيد فيما تقدّم عنه ونحوه الشهيد الثاني.

التعليق على معلوم الحصول في المستقبل ٣: ١٦٧ـ١٦٨

٣٤/٩٩ **قوله: كونه ممّا لا خلاف.**

أقول: أي كون عدم جواز التعليق على معلوم الحصول في المستقبل.

التعليق على مشكوك الحصول ٣: ١٦٨ـ ١٧٠

١/١٠٠ **قوله: وما كان منها مشكوك الحصول.**

أقول: يعني مطلقاً في حال العقد وفي المستقبل.

٥/١٠٠ **قوله: إلّا أنّ الظاهر ارتضاؤه له.**

أقول: لعلّ نظره في وجه الظهور إلى عدم تعرّضه لردّه والإيراد عليه.

٧/١٠٠ **قوله: دون إنشاء مدلول الكلام الذي.**

أقول: إضافة الإنشاء إلى مدلول الكلام بيانيّة، وقوله: «الذي» صفة الإنشاء، يعني: دون إنشاء هو مدلول الكلام الإنشائي الذي هو وظيفة المتكلّم في مقام الإنشاء، ومعناه الموضوع له لفظ ما ينشأ به المعاملة مثل «بعت» مثلاً ولو بطور الاشتراك اللفظي أو بطور النقل، على ما يظهر من المصنّف قدس سره في مسألة اشتراط قصد المتعاقدين مدلول العقد، حيث قال هناك في مقام التفريع على هذا الشرط: «فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغالط أو إلى المعنى» إلى أن قال: «أو قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الإخبار أو الاستفهام». انتهى موضع الحاجة. فإنّه ظاهر بل صريح في كون مدلول العقد هو الإنشاء، فتأمل؛ فإنّ الإنشاء والإخبار خارجان عن مدلول الكلام ينشآن من ناحية الاستعمال.

هذا، مضافاً إلى قوله فيما بعد: «لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصوّر» حيث إنّه جعل الإنشاء مدلول الكلام، ولا ينافي ذلك قوله فيما بعد: «والحاصل أنّه أُريد بالمسبّب هو مدلول العقد فعدم تخلّفه عن إنشاء العقد من البديهيّات» حيث إنّه يتراءى منه أنّ الإنشاء خارج عن مدلول العقد سبب له وهو مسبّب عنه؛ وذلك لأنّ المراد من إنشاء العقد ليس الإنشاء المصطلح مقابل الإخبار، بل المراد منه التلفّظ بالعقد وإيجاد لفظه.

قوله: بتحقّق الإجماع عليه. ٩/١٠٠

أقول: أي على اعتبار التنجيز فيما إذا كان المعلّق عليه ممّا يتوقّف عليه صحّة العقد مع كونه مجهول الحصول.

قوله: مع أنّ ظاهر التوجيه.

أقول: الظاهر أنّ هذا ليس شيئاً مستقلاً بل من متمّمات سابقه، يعني: أنّ ظهور ارتضاء الشيخ له بضمّ اقتضاء ما ذكره وارتضاه: من التوجيه لعدم القدح عموم محلّ الكلام لما هو محلّ البحث فعلاً: من كون المعلّق عليه مشكوك الحصول، وعدم اختصاصه بصورة العلم بحصول الشرط المعلّق عليه كافٍ في عدم الظنّ بتحقّق الإجماع على قدح التعليق على أمر مشكوك الحصول، الذي هو المبحوث عنه فعلاً.

قوله: يدل على أنّ محلّ الكلام فيما لم يعلم.

أقول: الصواب بقرينة قوله: «فلا وجه لتوهّم اختصاصه بصورة العلم» تبديل هذا بقوله: إنّ محلّ الكلام يعمّ ما لم يعلم وجود المعلّق عليه وعدمه.

قوله: ويظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد. ١٠/١٠٠ـ١١

أقول: قال ﷺ في أواخرها ما هذا لفظه:

قواعد في العقود: لا يجوز تعليق انعقادها على شرط سواء كان مترقّباً قطعاً معلوم الوقت، وهو المعبّر عنه بالصفة، أو غير معلوم الترقّب إذا لم يعلم

المتعاقدان وجوده مثل: «إن كان وكيلي قد اشتراه فقد بعتكه بكذا» و«إن كـان لي، أو إن كان أبي مات، فقد زوجتك أمته» أو «إن كانت موكّلتي قـد انـقضت عدّتها فقد زوّجتكها» أو «إن كان أحد من نسائك الأربعة مات فـقد زوّجـتك ابنتي».

أمّا لو علما الوجود فإنّ العقد صحيح ولا شرط وإن كان بصورة التعليق، ولا نظر إلى كونهما ينكرانه أو أحدهما إذا كان معلوماً، كإنكار الموكّل الإذن في شراء شيء معيّن أو بثمن معيّن، ولو قال: «بعتك بمئة إن شئت» فهذا تعليق بما هو من قضاياه؛ إذ لو لم يشأ لم يشتر.

ووجه المنع النظر إلى صورة التعليق ولا فرق بين تعليق العـقد وبـعض أركانه مثل «بعتك عبدي بمثل ما باعه فلان قرينه» وهما غير عالمين. وحمله على جواز الإهلال كإهلال الغير قياس من غير جامع؛ وكذا لو زوّج امرأة يشكّ أنّها محرّمة عليه أو محلّلة فظهر أنّها محلّلة؛ فإنّه باطل لعدم الجزم حال العقد، وإن ظهر حلّها، وكذا الإيقاعات... إلى آخر ما نقله المصنّف في أواخر الصفحة ومورد الظهور قوله: «ولو قال: بعتك إن شئت» إلى قوله: «ووجه المنع».

ثمّ إنّا نقلناه بطوله لاشتماله على ما يدلّ على كون المراد من التعليق في قوله: «إن كان لي فقد بعت» هو صورة علم المتعاقدين بكـونه له الذي عـليه يبتني صحّة الجواب بقوله: «قلت: هذا تعليق على واقع» كما شـرحـناه فـيما علّقناه عليه في السابق.

١١/١٠٠ قوله: وربّما يتوهّم أنّ الوجه في اعـتبار التـنجيز هـو عـدم قـابليّة الإنشاء للتعليق.

وجوه أُخر ضعيفة لاشتراط التنجيز ٣: ١٧٠

أقول: قد مرّ الكلام في وجهه مفصّلاً.

١٢/١٠٠ قوله رحمه الله: لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام.

١ـ عدم قابلية الإنشاء للتعليق ٣: ١٧٠

أقول: لا تخلو العبارة من المسامحة؛ إذ مدلول الكلام مـنشأ لا إنشـاء،

والمراد أنّ المتوهّم إن أراد ممّا ذكره ظاهره ـ أعني تعليق نفس الإنشاء ـ فعدم القابليّة مُسلّم، إلّا أنّ الكلام ليس فيه؛ وإن أراد ما هو محلّ الكلام من تعليق المنشأ بأن يكون مراده من الإنشاء: المنشأ بقرينة حالية فعدم القابليّة ممنوع لما ذكره المصنّف هنا وذكرناه سابقاً.

قوله: كثيراً في الأوامر. ١٤/١٠٠

أقول: مثّل لذلك السيّد الأُستاذ‌ بالواجب المشروط والوصيّة والنذر والتدبير.

٢ ـ لزوم ترتيب مسبب العقد عليه ٣: ١٧٠ ـ ١٧١

قوله: وتسلّط الناس. ١٦/١٠٠

أقول: لا وجه لتمسّكه به على مذاقه في مفاده من عدم مشرعيته.

قوله: ما قيل من أنّ ظاهر ما دلّ على سببيّة العقد ترتّب مسبّبه حال وقوعه. ١٤/١٠٠ ـ ١٥

أقول: القائل بذلك صاحب الجواهر‌ وقد تكرّر منه ذلك سيّما في كتاب الطلاق، حتى جعل تعليق صيغة الطلاق على الشرط من الشرائط المخالفة للكتاب والسنّة والمحلّلة للحرام؛ معلّلاً بأنّه بعد ظهور الأدلّة في ترتّب الأثر على السّبب ـ الذي هو الصيغة ـ يكون اشتراط تأخّره إلى حصول المعلّق عليه شرعاً جديداً، أو اشتراطاً لأمر لا يرجع مثله إلى المشترط، وإنّما يرجع به إلى الشارع، وفيه كلام يأتي إن شاء الله في مبحث الشروط.

وكيف كان، فلعلّ الوجه فيه في نظر القائل دعوى الانصراف إلى المتعارف، مع دعوى أنّ المتعارف عند أهل العرف ترتّب الأثر على نفس العقد وعدم انفكاكه عنه؛ نظراً إلى أنّ مفاد آية الوفاء ليس إلّا الإمضاء والتقرير لما هو المتعارف عند العرف، بضميمة أنّ المتعارف عندهم هو العقود التي تترتّب عليها آثارها من حين وقوعها لا ما يظهر من كلام المصنّف في مقام الرّد، وهو أنّ الوفاء بالعقد لابدّ في صدقه من مقارنته للعقد ولا يمكن مقارنته له إلّا مع

عدم التعليق؛ إذ معه لابدّ في العمل بمقتضى العقد من انتظار وجود المعلّق عليه، حتى يردّ بما ذكره المصنّف‌ﷺ من أنّ الوفاء عبارة عن العمل بمقتضى العقد إن منجّزاً فمنجّزاً وإن معلّقاً فمعلّقاً، وعلى ما ذكرنا من الوجه في مقالته لابدّ في ردّه إمّا من دعوى تعارف التعليق أيضاً، وإمّا من منع كون الموضوع في الآية خصوص العقد المتعارف.

ثمّ بناء على ما ذكرنا في تقريب الاستدلال يندفع عنه ما أورده عليه المصنّف ـ أوّلاً ـ من منع حصر الدليل في آية الوفاء؛ إذ ليس في كلامه ما يدلّ على الحصر إلّا تعبيره في الاستدلال بقوله: «سببيّة العقد» ولا دلالة فيه عليه؛ إذ المراد منه: التعاقد والتعامل، وعلى تقدير ظهوره فهو من باب المثال قطعاً لكلّ ما هو دليل على الصحّة أو اللزوم في كلّ باب من أبواب المعاملات، كما يشهد كلامه في باب الطلاق عند الكلام في اشتراط تجرّد صيغة الطلاق عن الشرط، وباب الخلع والظهار عند الكلام في شروط صيغهما، فراجع.

١٦/١٠٠ **قوله: لأنّ دليل حلّية البيع.**

أقول: لا فرق بين هذه وبين آية الوفاء بالعقود فيما ادّعاه المستدلّ من الظهور في عدم الانفكاك؛ بناء على ما ذكرنا في وجه الظهور، نعم لو كان نظر المستدلّ في الظهور المذكور إلى دلالة الأمر على الفور لكان وجه للفرق، لكنّه غير معلوم.

قوله: وتسلّط الناس على أموالهم.

أقول: ليس عنده للحديث تكفّل بحال الأسباب، ومنها المقام.

قوله: إنّ العقد سبب.

أقول: يرد هذا لو كان نظر المستدلّ إلى أنّ التعليق يستلزم تأخير العمل بالعقد إلى زمان ما علّق عليه عن زمان العقد، وأنّه ينافي الوفاء؛ فإنّه حينئذٍ يصحّ أن يقال: إنّ الوفاء ليس إلّا العمل بما يقتضيه العقد، إن مطلقاً فمطلقاً، وإن

معلّقاً فمعلّقاً، وليس الأمر كذلك، بل لعلّ نظره إلى أنّ الأدلّة الشرعيّة الدالّة على الصحّة ظاهرة في إمضاء ما هو المتعارف عند العرف، وهو مختصّ بغير صورة التعليق، ومعلوم أنّ الإيراد الذي ذكره أجنبيّ عن ذلك بالمرّة.

فاللازم في دفع هذا الاستدلال: إثبات كون المتعارف أعمّ منه ومن صورة التعليق، ومن هنا ظهر الحال في قوله: «وإن أُريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكيّة فيمنع»؛ حيث إنّ مجرّد كون أثر البيع هو الملك المطلق لا خصوص الملكيّة المنجزة لا يجدي بعد عدم شمول أدلّة الصحّة، إلّا لخصوص الإنشاء المنجّز ولو لأجل الانصراف، بل لابدّ من إثبات العموم والإطلاق، فافهم.

قوله: مع أنّ تخلّف الملك عن العقد كثير جدّاً. ١٠٠/١٩ ـ ٢٠

أقول: لا وقع لهذا الإشكال: أمّا أوّلاً: فلأنّ دعوى المستدلّ إنّما هو عدم جواز التخلّف المستند إلى جعل المتعاقدين لا مطلقاً ولو بجعل الشارع، كما يرشد إليه قوله في مقام التفريع: فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك. انتهى.

وأمّا ثانياً: فلأنّ التخلّف المستند إلى جعلهما، لو سلّم وجوده في التّمليكات، وأُغمض عن أنّ أثر العقد في صورة تأخّر الملك عنه بجعلهما ليس هو الملك حتّى يكون من موارد تأخّر الأثر عن العقد، بل هو الإعداد لحصول الملك، وهو ليس منفكّاً عن العقد فافهم، لَمُنِعَ كثرته.

قوله: مع أنّ ما ذكره لا يجري. ١٠٠/٢٠

أقول: ورود هذا على المستدلّ مبنيّ على أن يكون مدّعاه: بطلان مطلق التعليق ولو كان من قبيل المثالين، وهو غير معلوم؛ لاحتمال عدم بطلان مثل ذلك عنده، بل قضيّة التساوي بين الدليل والمدّعى هو ذلك، وعليه فلا إيراد.

ومن هنا ظهر الحال في قوله: «مع أنّ هذا لا يجري في غيره من العقود».

أقول: يعني من العقود التي يتأخّر مقتضاها عنها: ما كان بحسب وضعه العرفي مقتضياً لتأخير أثرها عنها كما في الوصيّة والسّبق والرماية والجعالة، ولا يخفى أنّه لا مجال لهذا الإيراد؛ لأنّ مثل هذه العقود خارج عن محلّ الكلام؛ لأنّ البحث فيما كان التأخّر بجعل المتعاقدين لا بحسب الاقتضاء الأولي للعقد، فللمستدلّ أن يقول: إنّ الكلام ليس مختصّاً بالبيع، بل يجري في غيره، وإنّ الدليل على اعتبار التنجيز في كلّ مورد شيء واحد وهو كون أدلّة الصحّة إمضاء لما هو المتعارف، والاختلاف في العقود من حيث اعتبار عدم التعليق وعدمه إنّما نشأ من اختلافهما من حيث تعارف التعليق في بعضها، بل تقوم مفهومه به، فتعمّه أدلّة صحّته، وتعارف خلافه في الآخر فلا تعمّه أدلّة صحّته، فافهم.

٣ـ توقيفية الأسباب الشرعية ٣: ١٧٢

٢٤/١٠٠ **قوله: كافٍ في التوقيف.**

أقول: نعم لو كان لها إطلاق والخصم يمنعه.

٢٤/١٠٠ـ٢٥ **قوله: بغير الإجماع محقّقاً أو منقولاً مشكل.**

أقول: وجود الإجماع المحقّق في المقام بعد تسليم الاتّفاق ممنوع؛ لقوّة احتمال كون مدرك البعض ـ لولا الكلّ ـ أحد الوجوه المتقدّمة الاعتباريّة التي عرفت ضعفها، ومنه يظهر الحال في الإجماع المنقول مع الإشكال في أصل حجيّته في نفسه، فلابدّ من الرّجوع إلى إطلاق الأدلّة المقتضي لعدم اعتبار التنجيز لو كان الكلام في تعليق المنشأ، كما صرّح به صاحب الجواهر في باب الظهار، إلّا فيما تقدّم في بعض صور المسألة، فيعتبر فيه التنجيز لدليل نفي الغرر.

وأمّا لو كان الكلام في صحّة تعليق نفس الإنشاء، فلابدّ من الاعتبار، وقد تقدم وجهه.

الشك في ترتّب الأثر على الإنشاء ٣: ١٧٢

قوله: ثمّ إنّ القادح هو تعليق الإنشاء، وأمّا إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد. ٢٥/١٠٠

أقول: إن كان نظره في قدح التعليق إلى الإجماع، فما ذكره من صحّة العقد مع تردّد المنشئ في ترتّب الأثر عليه صحيح، إلّا أنّ ما استدركه بقوله: «إلّا أنّ ظاهر الشهيد في القواعد» ليس في محلّه؛ لأنّ نظره‌رحمه‌الله في الجزم بالبطلان في الفروع التي ذكرها إلى اعتباره الجزم بترتّب الأثر في قدح التعليق.

وإن كان نظره فيه إلى اعتبار الجزم، فما ذكره من الاستدراك وإن كان مربوطاً بالمقام، إلّا أنّ ما ذكره من صحّة العقد الغير المعلّق مع التردد ليس في محلّه.

الشك في الشروط المقومة ٣: ١٧٣ـ١٧٤

قوله: أو الشّك فيها. ٢٨/١٠٠

أقول: مع عدم كون الحالة السابقة هو الزوجيّة وإلّا فالاستصحاب محرز لوجود الشّرط.

قوله: فلابدّ من إبرازه بصورة التنجيز وإن كان في الواقع معلّقاً أو يوكّل غيره. ٢٩/١٠٠ ـ ٣٠

أقول: بعد فرض عدم تحقّق القصد إليه فعلاً بطور التنجيز، لا محيص في تحصيل الاحتياط من توكيل الغير الجاهل بالحال.

قوله: كعدم الزوجيّة أو الشّك فيها في إنشاء. ٢٨/١٠٠

أقول: إن كان نظره إلى الشّك في الموضوع فيمكن إحرازه بالاستصحاب، وكذلك إن كان نظره إلى الشكّ في الزوجيّة من حيث الشبهة الحكميّة، مثل الشك في أنّ عشر رضعات تنشر الحُرمة أم لا؛ لأنّها إن كانت بعد العقد وتحقّق الزوجيّة يرجع إلى استصحاب الزوجيّة، وإن كانت قبله ثمّ عقد عليها يرجع إلى استصحاب عدمها، فلابدّ أن يكون نظره إلى صورة العلم الإجمالي المانع عن جريان الأُصول.

٣٢/١٠٠ـ ٣٣قوله: ويخرج عن هذا بيع مال.

أقول: لا معنى للتعبير بالخروج مع التعليل بحصول الجزم، واللازم أن يقول: وليس من هذا القبيل ما لو باع... إلى آخره.

٣٣/١٠٠ **قوله: لكن خصوصيّة البائع غير معلومة.**

أقول: الصواب «المالك» بدل «البائع»؛ لأنّه الذي لم يعلم خصوصيّته هل هو الوارث أو المورث لا البائع؟ لأنّ خصوصيّته معلومة وأنّه الوارث سواء كان البيع عن المورث فضولاً أو عن نفسه، إمّا برجاء موت المورث أو عدواناً أو على الغفلة.

٣٤/١٠٠ **قوله: والظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه بإمكان الجزم فيهما.**

أقول: يعني من طرفي الطلاق الذي منه الخلع مسألة التزويج ومسألة التولية؛ ولعلّ وجه إمكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق هو عدم اعتبار عدم محرميّة المرأة في مفهوم التزويج لغة وعرفاً، وإنّما يعتبر في صحّته شرعاً، وكذلك اعتبار العدالة في القاضي بخلاف الطلاق، فإنّه من جهة أنّه إزالة علقة الزوجيّة قد اعتبر في تحقّق مفهومه الزوجيّة ولا يعقل تحقّقه بدونها؛ ولذا لا يمكن الجزم فيه ولو تشريعاً، هذا بخلافهما؛ فإنّه يمكن فيهما الجزم ولو بعنوان التشريع.

قوله: وقال في موضع آخر.

أقول: ذكره في ذيل القاعدة المتمّمة للخمسين، وعنوانها أنّ وقف الحكم (يعني توقفه على شيء) قد يكون وقف انتقال، وقد يكون وقف انكشاف، وعقد الفضولي يحتمل الأمرين. انتهى.

يشير بذلك إلى الاختلاف في ناقليّة الإجازة وكاشفيتها.

[• التطابق بين الإيجاب والقبول]

وجـــه هـــذا الاشـــــتراط ٣: ١٧٥ـ١٧٦

قوله: ووجه هذا الاشتراط. ٢/١٠١

أقول: الوجه فيه عدم صدق المعاهدة بدون التطابق لا انـصراف الأدلّـة عن غير صورة التطابق؛ لأنّه فرع صدق العهد ونحوه عليه، وهو ممنوع.

هذا بحسب الكبرى، وأمّا بحسب الصغرى فالمدار فيها من حيث الصحّة وعدمها على صدقها فيصحّ، وعدمه أو الشّك فيه فيبطل، وعليه يمكن الحكم بالصحّة في بعض صور عدم التطابق في الخصوصيات الذي حكم المصنّف فيه بالبطلان فلاحظ وتأمّل.

ثمّ إنّ من صور الاختلاف مـا لم يـتعرّض له المـصنّف، وهـو مـا كـان الاختلاف بينهما في خصوص العنوان مع الاتّحاد فـي المـعنون وفـي سـائر الخصوصيّات، كما إذا قال البائع: بعت هذا بهذا، وقال المشتري: قبلت نقل هذا بهذا، ومنه ما إذا قالت الزوجة: أنكحتك نفسي على كذا، وقـال الزوج: قـبلت التزويج على كذا، فهل يصحّ كما اختاره السيّد الأُستاذ في نكاح العـروة؛ لأنّ العنوان الذي اختلفا فيه فإن في جنب المعنون وهو علقة الزوجيّة الذي وقـع الإنشاء وصلة إليه ولا تخالف فيه؟ أم لاختلافهما في مجرّد العنوان وإن كـان فانياً في جنب المعنون؟

وجهان: أظهرهما الأوّل، وأحوطهما الثاني.

وكيف كان، فإطلاق الشرط عليه لا يخلو عن مسامحة.

قوله: لم ينعقد. ٢/١٠١

أقول: لاختلاف الإيجاب والقبول من حيث المـثمن فـي الأوّل، ومـن حيث الثمن والمثمن في الثاني.

قوله: لم يقع. ٥/١٠١

أقول: لاختلاف الإيجاب والقبول من حيث الثمن والمثمن.

قوله: لا يبعد الجواز.

أقول: نظراً إلى حصول التطابق بين الإيجاب والقبول؛ لأنّ المنشأ انتقال نصفه إلى أحدهما بنصف الثمن، ونصفه الآخر إلى الآخر به وقد حصل، ولكن القريب عدم الجواز؛ لأنّ الظاهر من الإيجاب قصد الانتقال إليهما من حيث المجموع، بحيث إنّ القصد إلى شراء كلّ منهما نصفه ضمنيّ فلا يحصل التطابق؛ لأنّ الظاهر من القبول في الفرض هو قصد كلّ واحد منهما ذلك على وجه الاستقلال لا على وجه التضمّن، ومنه يظهر وجه الإشكال في الفرع الذي ذكره بعد ذلك، فتدبّر.

[● الإيجاب والقبول وجواز الإنشاء]

١٠/١٠١ **قوله رحمه الله: كمن يعرض له الحجر ... إلى قوله: أو مرض موت.**

وجه هذا الاشتراط ٣: ١٧٧ ـ ١٧٨

أقول: الصواب تقديم هذا على قوله : «فلخروجه»؛ لأنّ الظاهر أنّه مثال لمن لا اعتبار برضاه، كما يدلّ عليه التمثيل لعدم القابليّة في الشرطيّة الأُولى غاية الأمر أنّ الأوّل، مثال للبائع الموجب؛ بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، والثاني مثال للمشتري، وأمّا بناء على جواز تقديم القبول فيمكن كون الأوّل مثالاً لهما، ولكن ينافي هذا البناء قوله: «والأصل في جميع ذلك» من جهة توسيط كلمة «الموجب» و«الإيجاب» السابق، اللهمّ إلّا أن يحمل على المثال.

وكيف كان، فالظاهر أنّ قوله: «والأصل...» بيان الدليل اعتبار العرف رضا كلّ منهما بما ينشئه الآخر حين إنشائه بطريق الإنّ، والمراد من قوله: «قبل القبول» قبل تمامه، يعني: أنّ الأصل في اعتبار العرف ذلك في جميع الأمثلة المذكورة، والكاشف عنه أنّ من المعلوم عند العرف أنّ الموجب لو فسخ قبل تمام القبول لغى الإيجاب السابق ولا وجه لذلك إلّا اعتبار تحقّق رضا الموجب

ووجوده إلى زمان القبول، وإلّا لما أثّر الفسخ لأنّ ما يخرّبه الفسخ عين ما يعمّره الرّضا.

هذا، ولكن يتّجه عليه تِنُّ أنّ الدليل المذكور متين نقول بمقتضاه إلّا أنّه أخصّ من المدّعى؛ إذ قضيّته ليست إلّا اعتبار صحّة إنشاء المتقدّم منهما إيجاباً كان أو قبولاً حال إنشاء المتأخّر في صحّة إنشائه، والمدّعى اعتبار صحّة إنشاء كلّ منهما في حال إنشاء الآخر في صحّة إنشائه مطلقاً من غير فرق بين صورتي التقدّم والتأخّر.

فالتحقيق هو التفصيل بين المتقدّم والمتأخّر بالقول باعتبار صحّة إنشاء المتقدّم مستمرّة إلى حين إنشاء المتأخّر في صحّة إنشاء المتأخّر، فلو اختلّ شرط من شرائط صحّة إنشاء المتقدّم قبل تمام إنشاء المتأخّر بطل العقد؛ لعدم تحقّق مفهوم العقد حينئذ، والقول بعدم اعتبار صحّة إنشاء المتأخّر حال إنشاء المتقدّم في صحّة إنشائه، فلو لم يكن المشتري راضياً بإيجاب الموجب حين إيجابه المتقدّم، أو كان راضياً به ولكن لم يعتبر رضاه شرعاً، ثمّ بعد تمام الإيجاب رضى به أو اعتبر رضاه شرعاً، تمّ العقد؛ لصدق مفهوم المعاقدة.

بل نزيد على ذلك ونقول بمنع اعتبار صحّة إنشاء المتقدّم في صحّة إنشاء المتأخّر بحيث يحتاج إلى إعادته لو أعاد المتقدّم إنشاءه جامعاً لشرائط صحّة الإنشاء.

بل نقول: إنّه صحيح في حدّ نفسه بحيث لو وجد جزء آخر بأن أوجب ثانياً بعد القبول، وقلنا بجواز تقديم القبول على الإيجاب، أو قَبِل مقدّماً على الإيجاب ثمّ عدل عن القبول قبل الإيجاب، ثمّ أعاد القبول بعد الإيجاب، حصل العقد وأثّر أثره.

هذا إذا كان عدم قابليّتهما من جهة اعتبار رضاهما، ومنه يظهر الحال فيما إذا كان عدم قابليّتهما من جهة عدم قابليّتهما للتخاطب؛ لانّا نمنع بطلان

إنشاء أحدهما بمجرّد اختلال شرائط صحّة إنشاء الآخر في حال إنشائه، بحيث لا يكتفى به لو فرض تجدّد الإنشاء من الآخر، بل نقول: إنّه باقٍ على صحّته وإنّما يبطل خصوص إنشائه، فلو قبل معاملة ثمّ جنّ، ثمّ أوجب البائع حين جنون المشتري، ثمّ أفاق القابل وعلم بتحقّق الإيجاب حال جنونه فقبل ثانياً، أو لم يفق هو وقبل وليّه ذاك الإيجاب الحاصل حال جنونه، انضمّ إلى الإيجاب والتأم العقد المركّب، إلّا أن يختلّ شرط آخر كالموالاة مثلاً.

هذا، فيما إذا كان الإنشاء من كلّ واحد منهما مجرّداً عن التخاطب ولو بتوجيه الكلام إلى شخص بأن يقول: بعت هذا بهذا، أو يقول: اشتريت هذا بهذا، في غاية الوضوح، نعم مع الاشتمال عليه فالأمر كما ذكره لما ذكره إلّا أن يجرّد عن خصوصيّة التخاطب، فالحال كما في صورة عدم الاشتمال عليه على إشكال في التجريد.

١٢/١٠١ **قولهﷺ : أو قام ولم يكن قيامه معتبراً.**

أقول: عدم تحقّق المعاهدة في بعض أقسام تلك الصورة ممنوع، وهو صور ما كان عدم اعتبار الرضا لا من جهة الجنون أو عدم التميز، بل من جهة تعلّق حقّ الغير بالمعقود عليه؛ ولذا يصحّ لو تعقّبه الرّضا من ذي الحقّ أو كان بإذنه.

ومن هنا يعلم أنّ الحكم بالصحّة في بيع المكره إذا لحقه الرّضا على طبق القاعدة، نعم لو أراد من المعاهدة ما هو مؤثّر شرعاً لصحّ ما ذكره، إلّا أنّه بناءً عليه لابدّ من ذكر الفضولي أيضاً.

[● اختلاف المتعاقدين]

١٤/١٠١ **قوله: فهل يجوز أن يكتفي.**

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة ٣ : ١٧٨ـ١٧٩

أقول: بعبارة أُخرى: هل يصحّ العقد الملتئم من إتيان كلّ منهما ما هو

وظيفته من جزئي العقد على طبق ما يقتضيه مذهبه، أم لا يصحّ إلّا إذا أتاه كلّ منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما؟ وجوه ثالثها: اشتراط الصحّة وجواز الاكتفاء بعدم كون العقد المركّب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً للنقل كما لو فرضنا... إلى آخره، وأمّا مع الشرط المذكور فلا إشكال في الفساد وعدم جواز الإكتفاء به.

هذا، والتحقيق أن يقال: إنّه إن كان الكلام في بيان جواز الاكتفاء بذلك العقد وعدمه بحسب اعتقادهما اجتهاداً أو تقليداً، فالحقّ هو التفصيل بين اتّفاقهما على فساد هذا العقد، كالمثال المزبور في المتن، وبين اختلافهما فيه بالقول بتكليفهما بترتيب آثار الفساد عليه في الأوّل ولزوم ترافعهما إلى مجتهد آخر غيرهما لو كانا مجتهدين، أو إلى مجتهد أحدهما أو غيره لو كانا مقلّدين، فيفصل الخصومة بينهما برأيه فيه، من الصحّة والفساد كسائر موارد التخاصم في الشبهات الحكمية في الثاني.

وإن كان الكلام في بيان حكم المسألة بحسب رأينا، وأنّه فيه ماذا؟ فنقول: المرجع في ذلك دليل ذاك الذي اختلفا فيه، فنفتي على طبق ما نفهمه، فقد يكون على وفق أحدهما وقد يكون على خلافهما، كما لو فرضنا أنّهما عقدا بالفارسيّ مع تقديم القبول على الإيجاب، وكان رأي أحدهما اعتبار تقدّم الإيجاب دون العربية ورأي الآخر بالعكس، ولكن رأينا عدم اعتبارهما فيحكم بالصحّة لو فرض الترافع إلينا.

لكنّه فرض صرف؛ إذ لا تخاصم بينهما مع اتفاقهما على الفساد ولو مع الاختلاف في وجه الفساد؛ ولعلّ الظاهر أنّ محلّ الكلام هو الثاني وعليه يكون أردؤها أخيرها كما ذكره ﷺ؛ وذلك لعدم اعتبار وجود القائل بصحّة الصيغة المفروضة في صحتها واقعاً لو ساعدها الإطلاقات، وإنّما المانع عنها الإجماع على عدم الصحة، ومجرّد عدم وجود القائل بها لا يستلزم الإجماع على العدم.

نعم، لو كان الكلام فيما ذكرناه أوّلاً فهو أمتنها كما يظهر وجهه ممّا ذكرناه، هذا هو التحقيق لما سيأتي من المناقشة فيما ذكره.

١٠١/١٦ **قوله: بمنزلة الواقعيّة الاضطراريّة.**

أقول: هذا إشارة إلى الخلاف بين المصوّبة والمخطّئة في اعتبار الظنون الاجتهادية في مؤدّيات الأدلّة: هل هو من باب السببيّة والموضوعيّة الموجبة للإجزاء مطلقاً كما يقول به المصوّبة؟ أم لا كما يقول به المخطّئة المختلفون بين أنفسهم في أنّ اعتبارها من باب الطريقية المحضة؟ بمعنى أنّ مفاد الأدلّة أحكام ظاهريّة جعلها الشارع طريقيّاً إلى الواقعيات، أو أنّها أعذار صرفة وليس هناك حكم أصلاً غير الواقع؟ والتحقيق هو الأخير.

وكيف كان، يشكل بناءُ الوجه الأوّل على كون الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعيّة الاضطرارية، بأنه إنّما يتمّ فيما إذا انحصر الصحيح بالفارسي عند القائل بالصحّة، وإلّا بأن قال بالصحّة بكلّ لغةٍ فارسيّة كانت أو عربية، كما أنّ الأمر كذلك لعدم الإشكال في الصحة بالعربية فلا؛ لعدم الاضطرار إلى الفارسيّة حينئذٍ حتى يُرتّب عليه القائل بالبطلان آثار الصحيح لأجل الاضطرار ، ويشكل بناء الوجه الثاني على كونها أحكاماً عذريّة بأنّ مجرّد ذلك لا يوجب البطلان، بل هو مثل مقابله يوجب التخاصم، فيجب الترافع إلى مجتهد يقضي بينهما برأيه كما ذكرناه.

اختلاف المتعاقدين في الموالاة والتنجيز والأهلية ٣: ١٧٩

١٠١/١٨ ـ ١٩ **قوله: كالصراحة والعربيّة والماضويّة والترتيب.**

أقول: لا وجه لإدراج الأمثلة المذكورة تحت كون بطلان العقد عند كلّ من المتعاقدين مستنداً إلى فعل الآخر؛ إذ القائل بعدم اعتبار هذه الأُمور الأربعة لا يقول باعتبار عدمها، فالصواب أن يقول: عند أحد المتعاقدين.

١٠١/٢١ **قوله: باعتقاد مشروعيّة ذلك.**

أقول: الجارّ متعلّق بـ«علّق» و بـ«لم يبق» أي باعتقاد الموجب

مشروعيّة ذاك الإيجاب الذي أوجده.

[● أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

[١ ـ الضمان]

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ٣: ١٨٠

قوله: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد. ٢٢/١٠١

أقول: يعني لو قبضه بانياً على العقد وتأثيره في ملكيّة ما ابتاعه؛ لأنّه الذي يترتّب عليه عدم الملكيّة والضمان وسائر الأحكام، لا القبض بعد العقد بعنوان المعاطاة أو الإعانة أو نحو ذلك؛ إذ لا ريب في ارتفاع الضمان فيهما، بل لا ريب في حصول الملك في الأوّل على المختار.

وبالجملة: محلّ الكلام هو القبض بعنوان أنّه من لوازم العقد وآثاره، مع عدم كون القبض كذلك سبباً للملك كما هو الظاهر المتسالم عليه عندهم، وإلّا فمع مملكيّة مثله إذا كان بعنوان المعاطاة لا يبقى مجال للضمان، والتكلّم في دليله وخصوصيّاته وفروعه ممّا أطالوا الكلام فيه بما تراه من النقض والإبرام، وكونه سبباً للملك وإن كان أمراً ممكناً ذاتاً ووقوعاً؛ لأنّ لزوم خلف فرض فساد العقد إنّما هو فيما لو قيل بحصول الملك وارتفاع الضمان بسبب العقد وتأثيره فيه، لا فيما إذا قيل بأنّ المؤثّر فيه هو القبض دون العقد الفاسد إلّا أنّ الكلام في إقامة الدليل عليه.

وغاية ما يمكن أن يقال: إنّ التسلّط والاستيلاء على مال الغير بقصد أنّه له فعلاً وإن لم يقصد كونه بسببه، بل قصد كونه بسبب العقد السابق الفاسد سبب للملك عند العرف، ولا مانع من تأثيره فيه إلّا مزاحمة المالك، وهي منتفية في الفرض من كون التسلّط بإذن منه وتسليطه عليه.

وبالجملة: تسلّط الشخص على مال الغير فيما إذا كان بإذن المالك ورفع يده وإعراضه عنه ـ ولو بعوض خاصّ ورضا منه بكونه له ـ يكفي عند العرف

في سببيّته للملك إذا قصد أنّه له فعلاً، ولا يعتبر فيها قصد سببيّته له وكونه له بسببه، ولا عدم قصد كونه بسبب العقد قبله ولم يردع عنه الشارع فتأمّل، فإنّه مشكل.

الاستدلال على الضمان ٣: ١٨١

١٠١/٢٥ **قوله: ويدلّ عليه النبويّ المشهور: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي».**

أقول: بعد اشتهار العمل به واستناد الفقهاء من الخاصّة والعامّة إليه الموجب لكمال الوثوق بالصدور لا وجه للمناقشة في سند:

تارة بعدم وجوده في كتب الإماميّة المعتبرة وفي صحيحي البخاري ومسلم، وإن كان قد وجد في سائر الصحاح الستّ المذيّل إمّا بقوله: «حتّى تؤدّي» كما في صحيحي الترمذي وأبي داود، أو بقوله «حتّى تؤدّيه» كما في غيرهما.

وأُخرى بأنّ راوية سَمُرَة بن جندب الذي هو أحد الثلاثة التي حكى الأُستاذ عن أبي حنيفة أنّه قال: أعمل برواية كلّ صحابيّ إلّا ثلاثة وعدّه منهم، وحكايته مع الأنصاري مذكورة في بعض أحاديث نفي الضرر والضرار، وضربه ناقة النبي صلى الله عليه وآله مرويّ، ففي الكافي عن أبي بصير: «قال: كانت ناقة رسول الله صلى الله عليه وآله القصواء إذا نزل عنها علّق عليها زمامها، فتخرج فتأتي المسلمين فيناولها الرّجل الشيء ويناولها هذا الشيء فلا تلبث أن تشبع، فأدخلت رأسها في خباء سَمُرَة بن جندب فتناول عنزة فضرب بها على رأسها فشجّها، فخرجت إلى النبيّ فشكته».

وقال ابن أبي الحديد: إنّه عاش إلى زمن ابن زياد ـ لعنه الله ـ وصار من شرطة خميسه، وكان يحثّ الناس على قتل الحسين عليه أفضل الصلاة والسلام... إلى غير ذلك من مطاعنه.

وذلك حيث إنّه بلغ من الاشتهار مرتبة جعله غيره من القطعيّات، مع أنّ مضمونه من المرتكزات ولو في الجملة، وإنّما الإشكال في دلالته، فقد وقع

الخلاف في أنّ المستفاد من لفظة «على» فيه هل هو الحكم التكليفي أو الوضعي على قولين: ثانيهما أشهرهما، وعلى الأوّل ففي الفعل الذي هو متعلّق الحكم التكليفي احتمالات بل أقوال:

الاحتمال الأوّل: أنّه الحفظ عن الضياع والتلف إلى زمان الأداء، وهو مقدّر في نظم الكلام، واختاره في العوائد، ومحصّل دليله: أنّ الكلام محتاج إلى التقدير ولا يجوز تقدير ما عداه من الرّد والأداء والضمان؛ إذ تقدير الأوّلين يوجب خروج المعنى عن السلاسة، وتقدير الأخير منافٍ لجعل الغاية أداء نفس المأخوذ على ما هو قضية رجوع الضمير المنصوب بـ«تؤدّي» ـ المحذوف كما في بعض طرقه أو المذكور كما في الآخر ـ إلى الموصول؛ لأنّ الضمان عنده هو الغرامة وهو مختصّ بصورة التلف؛ إذ لا غرامة في ردّ المأخوذ، فيرجع المعنى إلى أنّه إن تلف يكون غرامته وبدله عليه ما دام بقاء العين، وهل هو إلّا ما ذكرنا من التنافي؟

والاحتمال الثاني: أنّه ردّ المأخوذ وأداؤه كما عن المبسوط والتذكرة، ولعلّ الوجه فيه البناء على انتزاعيّة الأحكام الوضعيّة التي منها جعل المال على الأخذ من الأحكام التكليفية في موردها، بضمّ أنّ الحكم التكليفي الصالح لانتزاع الوضع المذكور منه ليس إلّا وجوب ردّ المأخوذ بنفسه؛ إذ وجوب ردّ البدل بالخصوص أو الأعمّ منه ومن ردّ نفس العين ينافيه الغاية كما مرّ، ووجوب الحفظ عن التلف لا ينتزع عنه الوضع المزبور، فيكون المعنى: «يجب على ذي اليد أداء ما أخذه من الغير حتّى يؤدّيه». ولا بأس به؛ لأنّه من قبيل تقييد الحكم بغاية الامتثال كقوله: تجب عليك الصلاة حتى تصلّي، يعني لا مسقط لهذا الحكم إلّا امتثاله، فتأمّل.

والاحتمال الثالث: ما عن بعضهم، وهو ردّ المثل أو القيمة عند تلف المأخوذ، ولعلّ الوجه فيه دعوى أنّ المتفاهم عند العرف من جعل المال

المأخوذ على الآخذ كون ماليّته عليه على تقدير التلف، وبعد إرجاع الوضع المذكور إلى انتزاعه من الحكم التكليفي في مورده، وأنّه عبارة عن وجوب الرّدّ بالتقريب المتقدّم في الوجه السابق يتمّ المطلوب[١].

ولا ينافي ذلك ظهور الذيل في أداء نفس المأخوذ؛ حيث إنّ المراد منه ـ بقرينة الصدر ـ أداؤه بلحاظ كونه على اليد وموصوفاً به، ومرجعه إلى أداء الماليّة المختصّة بحال التلف، فيكون التقيّد بالغاية على هذا ـ كما في الثاني ـ من التقيّد للحكم بالامتثال.

والاحتمال **الرابع**: أنّه الأعمّ من ردّ العين والبدل بنحو الترتّب والطوليّة، ولعلّ الوجه فيه دعوى أنّ العرف يفهمون من كون العين المتموّل على الشخص كون الأعمّ من العين والبدل على عهدته بضميمة إرجاعه إلى الحكم التكليفي، وهو وجوب ردّه عند الإمكان وبدله عند العدم، وحينئذ يراد من الذّيل ما لا ينافي الصدر.

ولعلّ هذا هو المراد ممّا حكاه بعض من تأخّر من استفادة المعنيين من الحديث لا ما في بعض الحواشي: من أنّ المراد منه استفادة الحكم التكليفي بالنسبة إلى حال البقاء والوضعي بالنسبةإلى حال التلف، حتى يشكل بما ذكر فيه.

وكيف كان فمفاد الحديث على جميع هذه الاحتمالات هو الحكم التكليفي، أمّا في خصوص صورة البقاء كما في الأوّلين أو في خصوص صورة التلف كما في الثالث أو في الأعمّ كما في الرابع.

والنتيجة العمليّة بناءً على الأخيرين ـ بل وعلى الثاني ـ متّحدة معها بناءً على الاحتمالات الآتية على تقدير كون مفاده الوضع حتّى في عموم الحكم للصبيّ المميّز أيضاً؛ لأنّ الحكم التكليفي المنتزع عنه الوضع عند المنكرين

---

(١) في الأصل: المطلب.

لتأصّله أعمّ من المنجّز والمعلّق، وكذا لا فرق بينهما في جواز مطالبة صاحب المال ماله من الأخذ؛ لأنّ الحكم الوضعي عند القائل بانتزاعيّته عبارة عن جميع آثار الوضع بناء على تأصّله لا البعض دون الآخر، وجواز المطالبة من جملة آثار الوضع بناء على أصالته.

هذا كلّه على القول الأوّل، وأمّا على القول الثاني وهو كون مفاد الحديث بيان الحكم الوضعي، ففي تعيين ما يكون على الآخذ وفي ذمّته أيضاً احتمالات:

الأوّل: أنّه نفس المال المأخوذ ما دام بقاؤه، فيختصّ بصورة البقاء والوجه توهّم اختصاص الغاية أعني أداء المأخوذ بأداء نفسه.

والثاني: ولعلّه المشهور أنّه البدل، فيختصّ بصورة التلف، ووجهه: توهّم أنّ العرف لا يفهمون من كون الشيء الخارجي على شخص إلّا كون ما يتدارك به عليه، فيكون هذا قرينة على رجوع الضمير المنصوب إلى الموصول بلحاظ حيث كونه عليه على ما عرفت في السابق.

والثالث: أنّه المأخوذ لو بقي وبدله لو تلف، فيعمّ صورتي البقاء والتلف، ووجهه أيضاً دعوى فهم العرف، فيتصرّف في الحديث بما ينطبق على هذا المعنى من تقدير أو غيره، وطريقه غير خفي على المتأمّل، ولا بأس به بعد قيام القرينة عليه وهو فهم العرف.

والرابع: أنّه نفس المأخوذ مطلقاً ولو تلف من دون تصرّف في نظم الكلام لا ضميراً ولا مرجعاً ولا حذفاً ولا تقديراً، فيكون المعنى: أنّ المأخوذ بعينه كائن على الآخذ وثابت في عهدته، بمعنى أنّ وزره وثقله عليه، إلى أن يؤدّي نفس ما أخذه، فيعمّ الصورتين أيضاً.

فإن قلت: كيف ذا والحال أنّ أداء المأخوذ في صورة التلف ممتنع، فلا يمكن رفع الضمان مع التلف، وهو باطل بالضرورة؟

قلت: نمنع امتناعه؛ لأنّ أداء الشيء له مراتب طوليّة يتوقّف صدق الأداء في كلّ مرتبة على عدم إمكان المرتبة السابقة عليها، أداء نفس الشيء بعينه، وأداء مثله، وأداء قيمته.

وبالجملة: لا نتصرّف في لفظ الأداء ولا نرفع اليد عن رجوع الضمير المنصوب بـ«تؤدّي» إلى الموصول، بل نقول: إنّ إضافة الأداء بمعناه الحقيقي إلى الشيء كذلك لها أفراد حقيقيّة طوليّة عند العرف، فكأنّه قال: ثابت على اليد نفس ما أخذته حتّى تؤدّي ذاك المأخوذ إلى صاحبه أداء حقيقيّاً عند العرف، بمعنى أنّ العرف يرونه أداءً له حقيقة، وهو يختلف بحسب حالتي البقاء والتلف، وفي الثاني بحسب وجود المثل وعدمه.

ومن هذا القبيل القيام بالقياس إلى الاستقامة التامّة على نحو يكون قدمه محاذياً لكتفه، وما دون ذلك بما له من المراتب، فإنّ فرديّة كلّ مرتبة أدنى لمفهومه في طول المرتبة العليا ومتوقّفة على العجز عنها.

ومنه العقد بالنسبة إلى الإشارة فإنّ فرديّتها له مترتّبة على عدم القدرة على المتكلّم لخرس ونحوه فتأمّل.

ومنه الصلاة وسائر ألفاظ العبادات؛ بناء على الوضع للصحيحة بالقياس إلى أفرادها، فإنّ فرديّة الخالية عن القيام مثلاً للصلاة موقوفة على العجز عنه، وبدون العجز عنه ليست فرداً لها حقيقة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

إذا عرفت ما في الحديث من الاحتمالات فاعلم: أنّ الأقوى من بينها هذا هو الاحتمال الأخير لبطلان جميع ما عداه، أمّا الاحتمالات فيه على القول الأوّل في مفاده فلابتناء الثلاثة الأخيرة منها على القول بانتزاعيّة الأحكام الوضعيّة، وابتناء الأوّل منها على تقدير خصوص الحفظ، وكلاهما ممنوع.

أمّا الأوّل: فلما حقّقناه في محلّه من تأصّلها مثل الأحكام التكليفيّة، ولو سلّمنا عدمه فإنّما نسلّمه في مثل السّببيّة لا في مثل الضمان، وإن شئت تحقيق

الحال فراجع إلى الاستصحاب من كتابنا الموسوم بهداية العقول في شرح كفاية الأُصول للأُستاذ العلّامة الخراساني ﷺ .

وأمّا الثاني: فلأنّه خلاف الأصل، مع عدم الدليل عليه، ولا مجال لأن يستند فيه إلى ظهور الكلام في الحكم التكليفي؛ لأنّه دوريّ، ولا إلى دعوى عدم معقوليّة ظاهره من جعليّة الوضع؛ لأنّه مع فساده في نفسه كما مرّ لا يقتضي التقدير، وعلى تقدير اقتضائه لا يقتضي كون المقدّر خصوص الحفظ.

وأمّا بطلان ما عدا الأخير من الاحتمالات على القول الثاني في مفاد الحديث، فلابتنائها إمّا على حمل الخطابات الشرعيّة على المعاني الحقيقيّة الدقيقة كما في الأوّل منها، وإمّا على دعوى فهم العرف كما في تالييه، وكلاهما ممنوع أيضاً.

أما الأول: فلأنّ الخطابات منزّلة على الحقائق العرفية، وقد عرفت أنّ لأداء الشيء أفراداً حقيقية عرفية طولية.

وأمّا الثاني: فلمنع فهم أهل العرف من مثل هذا الخطاب، إلّا كون نفس العين على ذي اليد لا يسقطها عن ذمّته إلّا ما هو أداء لها حقيقة عند العرف لا بالدّقة العقليّة، فيحكم العقل بتفريغ الذمّة بما هو أداء لها حقيقة عندهم، مثل حكمه بوجوب الحفظ عن الضياع.

وبالجملة: مدلول الحديث ما ذكرنا، وأمّا وجوب الأداء مثل وجوب الحفظ عن التلف من آثاره العقليّة، وأمّا الاستدلال به على الضمان ـ بمعنى أنّ تلفه عليه الرّاجع إلى وجوب ردّ المثل أو القيمة عند التلف ـ فلا تفاوت في صحّته بين الاحتمالات عدا الأولين من الأربعة على القول الأوّل في مفاد الحديث، والأوّل من الأربعة على القول الثاني فيه؛ لوضوح دلالته على وجوب ردّ البدل إمّا بإرجاع ظاهره من كون المال عليه إليه، بتوهّم عدم معقوليّة جعل الحكم الوضعي كما في الثالث والرابع من الأربعة الأول، وإمّا بالملازمة العقليّة

بين ظاهره وبين وجوب ما ذكر في البقيّة.

ومن هنا ظهر وجه استدلال المصنّف بهذا الحديث على الضمان بالمعنى المذكور مع بنائه على انتزاع الأحكام التي منها الضمان من الأحكام التكليفيّة؛ إذ قد مرّ أنّه لا فرق بين هذا وبين البناء على تأصّلها في وجوب الرّد وجواز المطالبة، نعم بينهما فرق من جهة أُخرى.

وأمّا بناء على الاحتمالات الثلاثة التي استثنيناها فلا ربط له بالضمان؛ ولذا جعل ذلك خدشة في الاستدلال، فتأمّل جيّداً.

٢٥/١٠١ **قوله‌ﷺ: والخدشة في دلالته.**

أقول: هذا إشارة إلى ما قيل من كون مفاد الخبر وجوب الحفظ عن التلف كما اختاره النراقي‌ﷺ، أو وجوب الرّد كما عن الشيخ والعلّامة كما مرّ.

٢٧/١٠١ **قوله: لمجرّد الاستقرار في العهدة.**

أقول: فحينئذٍ يصحّ الاستدلال به على الضمان، أمّا على المختار من جعليّة الضمان فواضح، وأمّا على مذاق المصنّف من انتزاعيّته، فلما مرّ من الاشتراك في النتيجة في المقام، بخلاف ما لو كان ظاهراً في الحكم التكليفي ابتداءً، ومن هنا يعلم أنّ مراده من الحكم التكليفي في قوله : «ظاهرة في الحكم التكليفي» هو الابتدائي لا ما أُرجع إليه الوضع وأُنتزع منه.

قوله: ومن هنا كان المتّجه صحّة.

أقول: يعني من جهة أن «على» ظاهرة في المعنى المذكور يصحّ الاستدلال به على ضمان الصّبيّ والمجنون، مثل البالغ والعاقل في صورة اندراجهما في الخبر موضوعاً وهو اليد، بأن كان لهما تميز وشعور؛ لأنّها بلحاظ إسناد الأخذ إليها ـ الظاهر في الأخذ عن إرادة واختيار ـ لا تصدق على يد غير المميّز حتّى على مذهب المصنّف في الوضع؛ لأنّ الحكم التكليفي المنتزع عنه الوضع أعمّ عنده من التّنجيزي والتعليقي.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ إيراد السّيّد الأُستاذ على المصنّف قدس سرهما ناشٍ عن عدم الوصول بمرامه، نعم يرد أنّه قد يتّفق خلوّ مورد الضمان عن الحكم التكليفي التعليقي أيضاً بأن لم يكن للصبيّ الآخذ لمال الغير مال ومات قبل البلوغ، وهذا من جملة الوجوه التي بها نقول بجعليّة الضمان بنفسه.

قوله: ويدلّ على الحكم أيضاً قوله عليه السلام. ٢٨/١٠١

أقول: يشير بذلك إلى ما رواه جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام: «الرّجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثمّ يجيء مستحقّ الجارية؟ فقال: يأخذ الجارية المستحقّ ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أُخذت منه».

قوله: نماء لم يستوفه. ٢٩/١٠١

أقول: يعني نماء للجارية المقبوضة بالعقد الفاسد؛ لكون البيع في غير ملك البائع لأجل كون الجارية مسروقة، وأمّا عدم استيفاء المشتري فلانعقاده حرّاً.

وكيف كان، يمكن الخدشة في الاستدلال بذلك على الضمان في جميع موارد القبض بالعقد الفاسد، بأنّ القبض في مورده إنّما كان بتسليط الغاصب، والحكم بالضمان فيه لا يلازم الحكم به فيما إذا كان القبض بتسليط نفس المالك وإذنه ولو بعنوان الوفاء بالعقد إلّا أن يدّعى القطع بأنّ مناط الحكم بالضمان فيه إنّما هو جهة الفساد بلا مدخليّة في كونه من جهة الغصب، وهو كما ترى مجازفة صرفة، ولعلّه لذا أمر بالفهم، فافهم.

[قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]

قوله: ثمّ إنّ هذه المسألة من جزئيّات القاعدة المعروفة. ٣٠/١٠١

قاعدة «ما يضمن بصحيحه» وعكسها٣: ١٨٢

أقول: لا إشكال في كونها منها، وكذا في أنّ مفادها أصلاً وعكساً ثبوت الملازمة بين صحيح العقد وفاسده في مورده، وإنّما الإشكال في:

أنّها قاعدة إنشائية تعبّديّة سيقت لإنشاء أنّ مجرّد ثبوت الضمان في العقد الصحيح ـ بأيّ سبب من أسبابه من اليد والإتلاف ـ علّة تامّة لثبوته في الفاسد وإن لم يكن في مورده شيء منها وانتفائه علّة لانتفائه، وإن اجتمع فيه جميع أسبابه فتكون حاكمة على الأصل المقتضي لعدم الضمان في أصل القاعدة ومخصّصة لقاعدتي اليد والإتلاف المقتضيتين للضمان في عكسها، ويصحّ الاستدلال بها على الضمان مستقلاً مثل اليد، ولا يصحّ الإشكال عليها طرداً وعكساً؛ لأنها على هذا مثل سائر العمومات قابلة للتخصيص.

أو قاعدة إخباريّة اخترعها الفقهاء ضابطة لاستعلام موارد اليد المأذونة بواسطة العقود الغير الممضاة، من حيث الخلوّ عمّا يمنع عن تأثرها في الضمان وعدم الخلوّ عنه، وأنّ الطريق إليه ملاحظة مواردها بواسطة العقود الممضاة، ومرجع القاعدة حينئذٍ إلى بيان اشتراك الصحيح والفاسد فيما هو سبب الضمان واقعاً إثباتاً ونفياً، وأنّ ما هو السبب والمناط للضمان أو عدمه في الصحيح فهو عام للفاسد أيضاً، وعلى هذا لا يصحّ الاستناد إلى هذه القاعدة مستقلاً في عرض قاعدة اليد، ويتّجه الإشكال عليها طرداً وعكساً.

الظاهر هو الثاني لعدم الدليل عليها على الأوّل، أمّا غير الإجماع فواضح، وأمّا الإجماع عليها؛ فلأنّه لو سلّم فلا دلالة فيه على كونها من النحو الأوّل، بل يمكن استظهار أن يكون مرادهم النحو الثاني من الخارج، وهو أنّهم لا يلاحظون النسبة بينها وبين سائر القواعد ولا يرفعون بها اليد عن الأُصول العمليّة، وأنّهم يبحثون عن مدركها فلو كانت قاعدة إنشائية لما كان معنى لذلك، فلابدّ أن يكون قاعدة إخباريّة مفادها الإخبار عن أنّا معاشر الفقهاء تتبّعنا موارد العقود المستتبعة للقبض وإثبات اليد، وجدنا أنّ كلّ عقد لا يكون في صحيحه مانع عن تأثير اليد في الضمان علمنا أنّ فاسده أيضاً كذلك، وكلّ عقد يكون في صحيحه مانع عنه علمنا أنّ فاسده أيضاً كذلك؛ لاتحادهما في ملاك

الضمان وسببه من حيث المقتضى والمانع.

نعم ظاهر كلام المحقّق الثاني ـ الآتي نقله من المصنّف ﷺ عند التعرّض لبيان معنى عكس القاعدة في ضمان العين المستأجرة فاسد أو عدمه ـ أنّ القاعدة إنشائيّة حيث ألقى المعارضة بينها وبين قاعدة اليد وحكم بالتساقط والرجوع إلى أصالة البراءة عن الضمان، ولعلّه الظاهر من الأردبيلي ﷺ من نسبة الضمان في تلك المسألة إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، فتدبّر.

ومن كلامه الذي سننقله في أواخر الصفحة حيث إنه استدلّ على الضمان بتلف العين المأخوذة لأجل التقاصّ من قيمتها بعد البيع بقاعدة «ما يضمن» في عرض الاستدلال بحديث «على اليد»، وقد مرّ أنّه لا يصحّ بناءً على الإخباريّة لكن مرجع ذلك إلى إخباره عن الإنشائيّة عندهم، ولعلّه مستند إلى الحدس والاجتهاد منه ﷺ ، بل الظاهر هذا، فلا حجيّة في إخباره عنها؛ لاحتمال بل ظهور استناده إلى الحدس والاجتهاد، فتأمّل.

فإذا عرفت ذلك فنضع الكلام في مواضع ثلاثة:

الأوّل: في معنى القاعدة أصلاً وعكساً، والثاني: في مدركها، والثالث: في موارد النقض.

[الأول: معنى القاعدة أصلاً وعكساً]

أمّا الموضع الأول: فنقول: العقد في القاعدة بناء على إخباريّتها أعمّ من اللازم؛ لأنّه في ألسنة الفقهاء عبارة عن صرف الإيجاب والقبول، وأمّا بناء على إنشائيتها فعمومه للجائز وعدمه مبنيّ على كون العقد في اللغة بمعنى مطلق العهد، كما يدلّ عليه تفسير العقود بالعهود في بعض الروايات فيعمّه، أو العهد الموثّق المؤكّد فلا، ومن هنا يعلم الحال في عمومه للإيقاع الصرف فضلاً عمّا فيه شائبة الإيقاع وعدمه؛ لابتنائه على كون العقد بمعناه المصطلح المبتني على إخباريّة القاعدة فلا يعمّه، أو بمعنى مطلق التعهّد المبتني على الإنشائية مع كون

العقد في اللغة هو العهد فيعمّه.

هذا بناء على اشتمال القاعدة على لفظ «العقد» ـ كما في عبارة التذكرة، وأمّا إذا كان الموجود فيها بدله لفظ «ما» ـ كما في السبق والرّماية من المسالك وشرح الإرشاد للأردبيلي رحمه الله في عبارته الآتية، وفي بعض كلمات المصنّف ـ فلا ينبغي الإشكال في عموم موضوعها لكلّ ما يتطرّق فيه الضمان ولو كان إيقاعاً، مثل الجعالة على المختار كما ستعرف الوجه فيه، والتملّك في باب اللقطة، أو كان حكماً كالأخذ بالشفعة؛ إذ لا وجه لتوهّم العهد في الموصول، بل صريح المحقّق الأردبيلي قدس سره جريانه في التقاصّ أيضاً قال قدس سره في تلك المسألة من كتاب القضاء ـ في شرح قول العلّامة: «فإن تلف العين قبل بيعها قال الشيخ: لا ضمان» ـ ما هذا لفظه:

إذا أخذ صاحب الحقّ عيناً من مال من عنده حقّه وأراد بيعه ليأخذ حقّه، ويردّ الباقي، فتلفت العين قبل بيعها، فيه وجهان: الأوّل: الضمان لقوله : «على اليد ما أخذت حتّى تؤدي»؛ ولأنّه «كلّ ما يضمن صحيحه يضمن فاسده»؛ ولأنّه كالمأخوذ بالسّوم. انتهى مورد الحاجة، وهو صريح فيما ذكرنا.

ثمّ الوجه في كون المأخوذ بالمقاصّة مضموناً على الآخذ هو أنّه أخذه في مقابل حقّه على المقاصّ منه لا مجّاناً، والمراد من الصحيح هنا أن يكون أخذ العين لأجل استيفاء حقّه منها بإذن مالكها ، ومن الفاسد أن يكون أخذها بلا إذن منه، ولا يخفى أنّ التعبير بالفاسد في الثاني مع كونه مأذوناً من الشرع مسامحة.

وأمّا الضمان ـ فقد مرّ في بيان معنى الحديث ـ أنّه عبارة عن مجرّد كون المضمون على الضامن وفي ذمّته، وله لوازم شرعيّة تكليفيّة ووضعيّة منها: إعطاء بدله عند التلف، ولمّا لم يكن إرادة نفس هذا المعنى منه في «يضمن بصحيحه» ـ حيث إنّ الضمان لابدّ فيه بلحاظ عدم معقولية كون المال على

عهدة مالكه أن يكون المضمون به مالاً لغير الضامن وهو منتفٍ في الصحيح ـ فلابدّ من أن يتصرّف فيه بإرادة لازم معناه، أعني: لزوم إعطاء ما يقابله ويساويه في الماليّة واقعاً حقيقةً أو تنزيلاً بطور التجوّز أو بطور الكناية، فتأمّل.

وحينئذ فالظاهر بقرينة وحدة السياق أن يكون المراد منه في «يضمن بفاسده» أيضاً هذا المعنى، فتختصّ القاعدة ببيان حال الفاسد بالنسبة إلى خصوص هذا الأثر اللازم، ويكون بالقياس إلى الباقي مسكوتاً عنه؛ ولذا لم يستند إلى هذه القاعدة أحد في إثبات سائر لوازم الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، فعمدة نظرهم إلى إعطاء الضابطة في تشخيص موارد اليد المأذونة الموجبة للضمان عن غيرها في العقود الفاسدة بالنسبة إلى خصوص أثر إعطاء البدل عند التلف من بين آثار الضمان وأنّ المعيار في ذلك إنّما هو العقود الصحيحة، بل حقيقة الضمان عندهم ليس إلّا هذا المعنى وإن كان خلاف التحقيق وأنّه أثره ولازمه.

فالضمان على مذاقهم في معناه الحقيقي قد استعمل في الموضع الثاني في معناه الحقيقي، وأمّا في الموضع الأول فقد استعمل في ذاك المعنى الذي ذكرناه مجازاً باعتبار ما كان بملاحظة أنّ ما يدفعه المشتري مثلاً في العقد الصحيح، أعني الثمن، وإن كان مالاً للبائع والمبيع مالاً له بمقتضى العقد، والضمان قد أُخذ في مفهومه كون المعوّض مال المضمون له والعوض مال الضامن، بحيث كان الأداء عند التلف وارداً على مال الضامن وعند البقاء على مال المضمون له، إلّا أنّه لمّا كان الأمر بالعكس قبل العقد، فكأنّه بعده يدفع ماله بدل مال الغير.

وكيف كان، فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ الضمان في كلا الموضعين قد استعمل في معنى واحد، وهو لزوم أداء المقابل، وإنّما الاختلاف في المصداق؛ لأنّ البدل المسمّى في العقد الصحيح إنّما هو المقابل للمال المأخوذ والمساوي له

أيضاً بواسطة إمضاء الشارع بناء المتعاقدين على بدليّته وتنزيله منزلة البدل الواقعي، وإن شئت قلت: إنّ الضمان إنّما استعمل في لزوم أداء البدل الواقعي، وقد وسّع الشارع بأدلّة الصحّة والإمضاء دائرة البدل الواقعي، فلا يلزم التفكيك في معنى الضمان في الموضعين.

ثمّ إنّ المراد من «العقد» في القضية هو الكلّي الذي لا يكون من بين الكلّيات الجامعة بين الفرد الخارجي الجامع لشرائط الصحّة، وبين الفرد الخارجي غير الجامع لها كلّاً أو بعضاً بعد الفراغ عن تحقّق حقيقته كلّيّ آخر أقرب إليهما منه، فيكون العموم إضافيّاً صرفاً، فيكون معنى القاعدة: أنّ كلّ عقد يكون فرده الخارجي المتّصف بوصف الصحة موجباً للضمان، ففرده الخارجي المتصف بوصف الفساد مع تحقّق أصل حقيقة العقد المتّحد مع الفرد الصحيح من جميع الجهات إلّا الجهة الموجبة للفساد، يكون موجباً له أيضاً.

وأمّا «الباء» في «بصحيحه» و«بفاسدة»، فقد يقال: إنّها بمعنى «في» بل حكي التصريح به عن العلّامة ﵀ في بعض عبائره.

وفيه: أنّه وإن كان معه يصحّ المعنى إلّا أنّه خلاف الظاهر، فالظاهر أنّها للسّببيّة لا بملاحظة أنّ العقد الصحيح سبب تامّ لسبب الضمان، وهو القبض، وإثبات اليد ومقتضٍ له، فكأنّه السّبب له؛ لأنّه خلاف الظاهر أيضاً؛ إذ الظاهر سببيّة له بلا واسطة، بل بملاحظة تضمّنه لما هو جزء العلّة التامّة للضمان، أعني عدم المانع من تأثير اليد في الضمان؛ لأنّ علّة الضمان فيه مركّبة من أمرين:

أحدهما: اليد إذ التحقيق عمومها لليد المأذونة أيضاً.

والآخر: عدم المانع عن تأثير اليد فيه وهو المجانيّة.

والعقد الصحيح في أصل القاعدة إنّما هو متضمّن لعدم المجانيّة وهو قائم به، فتعليل الضمان فيه بالعقد الصحيح إنّما هو من قبيل تعليل الشيء بعدم المانع، وهو أمر شائع، فيكون المعنى: أنّ كلّ عقد يكون صحيحه سبباً لتحقّق

عدم المانع عن حدوث الضمان؛ لأجل اليد وتأثير اليد والقبض فيه، يكون فاسده أيضاً سبباً له.

ومن هنا يعلم أنّ مورد القاعدة هو صورة القبض، وهو قضيّة تعليل الشيخ إيّاها بالإقدام على الضمان على مانبيّنه إن شاء الله، وحينئذ لا يبقى مجال لنقض القاعدة بمثل البيع قبل القبض؛ حيث إنّ البيع الصحيح سبب لضمان البائع للمبيع قبل قبضه للمشتري، بخلاف البيع الفاسد؛ وذلك لأنّه خارج عن القاعدة لاختصاص موردها بصورة القبض.

ومن الكلام في مفردات أصل القاعدة يعلم الحال في عكس القاعدة، بل الأمر فيه في توجيه سببيّة الباء أوضح.

[الثاني: مدرك القاعدة]

أمّا الموضع الثاني: فالمدرك في أصل القاعدة : أمّا في غير عمل الحرّ المسلم فهو حديث «على اليد»، وتوهّم عدم شموله للمنفعة مدفوع بما يأتي إن شاء الله؛ وأمّا بالنسبة إليه فهو احترام عمله والاستيفاء فيما إذا استوفاه المستأجر بالإجارة الفاسدة، وأمّا إذا لم يستوفه فلا ضمان فيه، وإن كان يضمن له في الإجارة الصحيحة، فيكون هذا من موارد النقض لأصل القاعدة، وسيأتي الكلام فيه في الموضع الثالث إن شاء الله.

وأمّا مدرك العكس، فقد يتوهّم أنّه أدلّة الأمانات، بل هو صريح المصنّف ﷺ، ولكنّها لا تصلح له؛ لأنّ الأمانة إمّا مالكيّة وإمّا شرعيّة، ويعتبر في الأُولى أمور ثلاثة:

الأوّل: رضا المالك ـ بكون ماله تحت يد الغير ـ رضاً واقعياً لا ظاهريّاً ناشئاً من البناء على حصول أمر غير واقع جهلاً أو تشريعاً.

والثاني: أن يكون الرّضا به مجّاناً غير ملحوظ فيه العوض.

والثالث: أن يكون الرّضا به ناشئاً عن اختياره، لا عن حقّ لازم للمأذون

على الآذن كما في العين المستأجرة؛ حيث إنّ رضا الموجر بكونها في يد المستأجر إنّما هو لتوقّف استيفاء حقّه عليه، ويعتبر في الثانية أن لا يلاحظ في قبض مال الغير إلّا جهة ذاك الغير.

ولا ريب في عدم اجتماع الأُمور المذكورة في محل الكلام بالنسبة إلى العقود الفاسدة المتضمّنة للتمليك المجّاني؛ حيث إنّ القبض فيه ليس بلحاظ صرف حفظ مال المالك، بل من جهة أنّه صار بالعقد مال القابض؛ ولذا لم يدّع أحد كونه أمانة شرعيّة، ورضا المالك بكونه في يد القابض ليس واقعيّاً بل ظاهريّ نشأ من بنائه على حصول الملكيّة له بذاك العقد الفاسد إمّا جهلاً أو تشريعاً، مضافاً إلى عدم المجّانية هنا، فتأمّل، فالمقام خارج عن أدلّة الأمانة الشرعيّة والمالكيّة، وحينئذٍ لا مدرك للقضيّة السالبة، فلابدّ من الرّجوع إلى قاعدة اليد وسائر أدلّة الضمان في مواردها من العقود الفاسدة المجّانية.

هذا بناء على كون المراد من عكس القاعدة اقتضاء الصحيح والفاسد العدم ولو بمعنى المنع عن تأثير سبب الضمان كاليد فيه، وأمّا بناء على أن يكون مفادها صرف نفي الاقتضاء بالنسبة إلى ثبوت الضمان، فلا حاجة له إلى المدرك ولا يبقى مجال للنقض عليه.

لكن الظاهر عند الأصحاب هو الأوّل، بل صرّح بذلك المصنّف‏ؒ في كتاب الغصب في عبارته التي تقدّم نقلها في بحث الرّشوة على الحكم، حيث إنّه‏ؒ في ذيل الكلام في ضمان الهدية الملحقة بالرشوة، قال: «نعم قد يتحقّق عدم الضمان في بعض المعاوضات بالنسبة إلى غير العوض، كما أنّ العين المستأجرة غير مضمونة في يد المستأجر بالإجارة، فربّما يدّعى أنّها غير مضمونة إذا قبضت بالإجارة الفاسدة، لكن هذا كلام آخر»، ثمّ قال متصلاً به كما في بعض النسخ المصحّحة ما هذا لفظه: «قد ثبت فساده بما ذكرناه في باب الغصب من أنّ المراد بما لا يضمن بصحيحه: أن يكون عدم الضمان مستنداً إلى

نفس العقد الصحيح لمكان الباء، وعدم ضمان العين المستأجرة ليس مستنداً إلى الإجارة الصحيحة بل إلى قاعدة الأمانة المالكيّة والشرعيّة؛ لكون التصرّف في العين مقدّمة لاستيفاء المنفعة مأذوناً فيه شرعاً، فلا يترتّب عليه الضمان، بخلاف الإجارة الفاسدة فإنّ الإذن الشرعي فيها مفقود، والإذن المالكي غير مثمر لكونه تبعيّاً ولكونه لمصلحة القابض، فتأمّل» انتهى كلامه علا مقامه.

وأمّا الاستناد إلى الأولويّة في العكس فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى، فتدبّر.

[الثالث: موارد النقض على القاعدة وعكسها]

وأمّا الموضع الثالث: وهو موارد النقض على القاعدة أصلاً وعكساً فنشرح الكلام فيه تفصيلاً في ضمن الحواشي التي نعلّقها على تلك الموارد بعد ذلك واحداً بعد واحد إن شاء الله، فانتظر.

قولهقدس سره: **إلّا أنّها يظهر من كلمات الشيخ**قدس سره. ٣١/١٠١

أقول: في استظهار القاعدة من تعليل الشيخ قدس سره نظر: أمّا بناء على إنشائية القاعدة وأنّ العقد بنفسه سبب الضمان ومقتضٍ له مثل الإتلاف، فلأنّ قضيّة تعليل الشيخ رحمه الله سببيّة الإقدام له، وأين هذا من سببيّة نفس فساد العقد له في مورد ثبوته في الصحيح، وليس هذا إلّا من باب استظهار أحد المتقابلين من الآخر؛ وأمّا بناء على إخباريتها وأنّ مفادها الإخبار عن أنّ ما هو سبب الضمان في الصحيح، فهو بعينه موجود في الفاسد المماثل له من جميع الجهات إلّا جهة الصحّة والفساد فلمثل ما مرّ، فتأمّل.

ثمّ إنّه قد يستشكل على الشيخ بأنّ الإقدام على الضمان ليس بنفسه علّة للضمان، كما سيصرّح به المصنّف عند تكلّمه في مدرك القاعدة.

ويندفع: بأنّ استدلاله به ليس لأجل أنّه علّة له، بل لأجل أنّه ليس بمانع عن تأثير المقتضي وهو القبض، كما هو مورد كلامه في جميع الموارد التي

استدلّ فيها على ثبوت الضمان مع فساد العقد؛ ولذا أضاف المصنّف إليه لفظ «القبض» في شرح كلامه وقال: «وحاصله أنّ القبض مقدّماً على ضمانه» فتعليله الضمان بالإقدام عليه من قبيل تعليل الشيء بعدم المانع عن تأثير مقتضيه، وهو أكثر من أن يحصى.

فمن ذلك يعلم أنّ غرضه في عدم ضمان الرهن الفاسد من قوله: «إنّ صحيحه لا يضمن فكيف بفاسده» بيان وجود المانع عن تأثير القبض، وهو الإذن بنحو المجانيّة فيه كما في صحيحه.

١٠١/٣٣ **قوله: وهذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة.**

أقول: الإثبات في الكلام متوجّه إلى قيد العموم المستفاد من الجمع المحلّى باللام، وهو «العقود»، يعني: وهذا المعنى الذي علّل به الضمان يجري في المقبوض بجميع العقود التي تضمّن بصحيحها، وإن كان مورد كلامه مختصّاً ببعضها.

١٠١/٣٤ **قوله: عدا الشهيد الثاني في المسالك.**

أقول: وتأمّل فيها المحقّق الأردبيلي في غير موضع، ومنه قوله في مسألة التقاصّ في ذيل عبارته الآتي نقلها: وقد يمنع صحّة الأوّلين[1] وعمومها. انتهى.

١٠٢/١ **قوله: فيشمل الجعالة والخلع.** (معنى العقد ٣: ١٨٣)

أقول: قد وقع الخلاف في كون الجعالة عقداً أو إيقاعاً؟

والظاهر هو الثاني، وأنّها عبارة عن الوعد والالتزام بعوض على عمل، وهو السرّ في عدم احتياجها إلى القبول مطلقاً ولو القبول الفعلي، وعمل العامل إنّما هو لإحراز العنوان المأخوذ في موضوع الالتزام، كعنوان ردّ العبد مثلاً لا لأجل تحصيل القبول والرّضا بالإيجاب، نظير سعي العبيد في كسب العلم

---

(١) يعني حديث اليد وقاعدة ما يضمن. (المؤلف)

فيما إذا قال مولاهم: من حصّل منكم العلم فهو حرّ بعد وفاتي؛ ونظير تحصيل العلم لأجل الأخذ من حاصل ما هو وقف على عنوان العالم.

هذا، مع أنّه ليس في إيجاب الجعالة ما يوجب الحاجة إلى القبول إلّا دخول مال الجعالة في ملك العامل، بملاحظة أنّه تصرّف في نفس العامل فلابدّ من رضاه به.

وفيه ـ بعد النقض بنذر ملكيّة شيء للغير بطور نذر النتيجة بناء على صحّته ـ: أنّه لا يتمّ فيما إذا كان مفاد الإيجاب تمليك مال الجعالة بعد العمل لا كونه له بعده؛ لأنّ التصرّف في نفسه بإدخاله في ملكه فيه إنّما هو بإنشاء مستقلّ بعد تحقّق العمل من العامل لا بالجعالة، وحينئذٍ وإن كان لابدّ من القبول، إلّا أنّه قبول لذاك الإنشاء الآخر لا لإيجاب الجعالة.

وبالجملة: الحقّ أنّ الجعالة إيقاع صرف ليس فيه شائبة العقد فضلاً عن كونه عقداً محتاجاً إلى القبول اللفظي أو الفعلي.

وتظهر الثمرة فيما إذا عمل العامل خالياً عن قصد العوض والتبرّع مطلقاً، سواء اطّلع على الإيجاب أم لا، بل فيما إذا قصد التبرّع والإحسان كذلك، فإنّه يستحقّ مال الجعالة على الإيقاعيّة دون العقديّة.

وتظهر أيضاً فيما إذا كان منافع العامل للجاعل بطور العموم بحيث يندرج فيه متعلّق الجعالة إمّا بالإجارة أو ملك اليمين، فإنّه يستحقّه على الأوّل دون الثاني.

وأمّا الخلع فالظاهر أنّه عقد معاوضيّ؛ لأنّه طلاق بعوض من مال الزوجة مع كراهيّتها له، فمن جهة استلزامه انتقال مالها إلى الزوج لابدّ من قبولها ورضاها به.

ولا ينافيه الحكم نصّاً وفتوى ببقاء البينونة الحاصلة بالخلع بعد رجوع المرأة إلى الفدية والعوض، ولكن مع جواز رجوع الزوج إلى النكاح والعود

إليه؛ لأنّه إنّما ينافيه لو كان المعوّض للفدية هو زوال علقة الزوجيّة؛ إذ قضيّة الرّجوع إلى العوض عود الزوجيّة إلى ما كان قبل الخلع، ومقتضى النصّ والفتوى عدم عودها إليه، بل جواز إعادتها إليه، ولكنّه ممنوع، بل المعوّض لها ملكيّة الزوج بها، فالفدية في قبال أن يكون الزوجة أملك بنفسها بعوض لا في قبال أصل إزالة علقة الزوجيّة، بل إنّما هي مقدّمة صرفة للتوصّل إلى ما هو مقابل العوض أعني الأملكيّة بنفسها؛ لتوقّفها عليه توقّف الحكم على الموضوع واللازم على الملزوم.

ونتيجة ذلك أنّه بردّها الفدية يرجع الأملكيّة عليها إلى الزوج؛ لأنّها المعوّض للفدية، أمّا أصل الزوجية فلا عوض لها وإنّما أوجد إزالتها بلا عوض مقدّمة لإزالة الأملكيّة عن نفسه بعوض، وبعد تحقّق إنشائها كذلك ـ أي بلا عوض ـ لا دليل لعود الزوجيّة بردّ الفدية التي ليست عوضاً عنها إلّا عود عوضها، وهو الأملكيّة على الزوجة إليه، ولا دلالة فيه على ذلك؛ لأنّها أعمّ من الزوجيّة لوجودها في المطلقة الرجعيّة أيضاً، ولا دلالة للأعمّ على الأخصّ فيبقى زوال الزوجيّة والبينونة بعد الرّد للفدية كما قبل الرّد، غاية الأمر مع كون الزوج أملك بها من نفسها.

وبهذا يظهر وجه قولهم بأنّ المختلعة بعد الرجوع إلى الفدية تصير رجعية بعد أن كانت بائنة؛ إذ لا نعني من الرّجعيّة إلّا من زالت عنها[1] علقة الزوجية وجاز لزوجها الرّجوع إليها.

ولا ينبغي الإشكال في ذلك فيما إذا كانت المختلعة ذات عدّة رجعيّة لو طلّقت بغير الخلع، وأمّا إذا لم تكن ذات عدّة أصلاً مثل غير المدخول بها واليائسة والصغيرة، أو كانت ذات عدّة ولكن لا رجعة للزوج فيها كما في الطلاق الثالث، فهل لا يصحّ فيه الخلع أصلاً، أو يصحّ فيه أيضاً ولكن مع جواز

---

(١) في الأصل: عنه.

الرّجوع للزوج إذا رجعت في البذل، أو يصحّ ولكن لا يجوز لها الرجوع في البذل؟

فيه وجوه، أوسطها: الأوسط؛ لأنّه قضيّة الجمع بين أمرين:

أحدهما: إطلاق أدلّة الخلع من جهتين: جهة كون الزوجة في مورد الخلع ذات عدّة يجوز للزوجة الرّجوع فيها لو طلقت بلا فدية وعدمه، وجهة جواز الرجوع للمختلعة إلى البذل مطلقاً ولو لم يكن ذات عدّة كذلك؛ إذ ليس في الأدلّة إشعار بكون مورد الخلع ذات عدّة كذلك.

وثانيهما: كون الخلع معاوضة، بمعنى وقوع المعاوضة بين الفدية وأملكيّة النفس المقتضي لعود الأملكيّة إلى الزوج بعود عوضها ـ وهو الفدية ـ إلى الزوجة بعودها إليها، الثابت جوازه بمقتضى الإطلاقين المزبورين.

ولكن لم أرَ أحداً يقول بذلك أو يحتمله، بل الأمر عندهم دائر بين الوجه الأوّل والأخير.

فاللازم في غير ذات العدّة الرجعيّة لو طلّقت بلا فدية: هو الاحتياط بترك الخلع، وبترك الزوجة للرجوع إلى الفدية على تقدير إيقاعه، وبعدم رجوع الزوج إليها لو رجعت إلى الفدية، وبترتيب الزوج ما يكون عليه آثار الزوجية لو رجع.

هذا، ولكن في الإطلاق من الجهة الأُولى بحيث يعمّ طلاق الصغيرة واليائسة إشكال، والمسألة محتاجة إلى تأمّل فتأمّل.

نعم، لا يعتبر فيه لفظ خاصّ مادّة وهيئة، بل يكفي فيه كلّ لفظ يدلّ على الرّضا به ولو كان بلفظ الأمر للعمومات، مع عدم الإجماع على خلافها بالنسبة إلى وظيفة من يكون العقد جائزاً في حقّه من المتعاقدين، وإن كان الأحوط: الاقتصار على الصيغة المخصوصة، وتفصيل الكلام في محلّه.

معنى الضمان
٣: ١٨٣

١/١٠٢ **قوله: كون درك المضمون عليه.**

أقول: قد مرّ غير مرّة أنّ الضمان كون نفس المضمون عليه، وأمّا كون دركه بمعنى ما يتدارك به عليه، فليس من معنى الضمان في شيء، وإلّا لزم أن يكون سقوط الضمان وارتفاعه بأداء نفس المضمون وردّه من باب سقوط الشيء بغير ما هو في الذمّة، وهو كما ترى، بل ليس من لوازمه أيضاً؛ فإنّ لازمه: كون التدارك عليه لا كون الدرك بمعنى ما يتدارك به عليه، وبين المعنيين فرق بيّن.

بقي الكلام في الضامن والمضمون المستفادين من لفظ الضمان في القاعدة، هل هما خصوص المتعاقدين حقيقة؟ أي صاحبي الثمن والمثمن، أو الأعمّ منهما ومن الأجنبيّ؟

ظاهر المصنّف رحمه الله بل صريحه في مسألة عدم رجوع المشتري بالثمن إلى البائع الفضوليّ الغاصب مع علمه به، هو الثاني، فإنّه قدس سره ـ بعد أن أصرّ على أنّ المعاوضة الحقيقيّة في بيع الغاصب بين المالكين لا بين المشتري الأصيل والفضوليّ الغاصب، والتضمين الحقيقي والضمان كذلك يتبع المعاوضة الحقيقيّة، فكلّ من هو طرف المعاوضة فهو يضمن مال طرفها الآخر، فيكون التضمين الحقيقي بالنسبة إلى المالكين لا بالنسبة إلى المباشر للعقد ولو لم يكن مالكاً ـ قال:

ولكن إطلاق قولهم: إنّ كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضي الضمان[1] الغاصب للمشتري بالثمن الذي قبضه منه[2] وشبهه؛ نظراً إلى أنّ البيع الصحيح يقتضي الضمان ففاسده كذلك. انتهىٰ.

وجه الظهور: أنّ إطلاقه لا يقتضي ضمان البائع الغاصب، إلّا أن يكون

---

(١) يعني ضمان البائع الفضولي. (المؤلف).

(٢) فيما نحن فيه: أي في بيع الغاصب مع علم المشتري به. (المؤلف).

المراد من الضامن المطويّ في القاعدة أعمّ من العاقد، ولكنّه كما ترى، بل الظاهر أنّ المراد منه خصوص المتعاقدين وصاحبي الثمن والمثمن، فلو تمّ ما ذكره وجهاً لعدم ضمان الغاصب، أعني: انتفاء تضمين المشتري له من جهة أنّ التضمين الحقيقي إنّما هو بين طرفي المعاوضة وهما المالكان، وأمّا الفضولي الغاصب فلا تضمين من المشتري بالنسبة إليه لما قدح فيه إطلاق القاعدة؛ لأنّ ضمان الفضولي الأجنبيّ عن العوضين ليس من مقتضيات القاعدة، إلّا أنّ الشأن في تماميّته لما يأتي هناك إن شاء الله تعالىٰ.

قوله: كما يتوهّم. ٢/١٠٢

أقول: قيل إنّه الشيخ علي‌ﷺ في حاشية الروضة، وقد يظهر من بعض الحواشي أنّه صاحب الرياض‌ﷺ في النقد والنسيئة في مسألة تقدير الثمن، فلابد من المراجعة.

قوله: ثمّ إنّ تداركه من ماله. ٢/١٠٢-٣

أقول: قد توهّم أنّ الضمان عند المصنّف مشترك لفظيّ بين الأقسام الثلاثة، فأُورد عليه أنّه ليس له إلّا معنى واحد وهو كون الشيء في عهدة الضامن والاختلاف إنّما هو في مزيله.

وفيه: أنّه اشتباه صرف نشأ من عدم الفرق بين تقسيم التدارك الذي مرجعه إلى تقسيم الدرك، بمعنى ما يتدارك به، وبين تقسيم كون الدّرك عليه الذي فسّر به الضمان، فحاصل كلامه: أنّ الضمان كون ما يتدارك به، أعني أحد الأُمور الثلاثة على الضامن، فالاختلاف بنحو الاشتراك المعنوي في المضمون لا في الضمان.

فإن قلت: بناءً على هذا يكون الضامن في مقام التدارك مخيّراً بين تلك الأُمور الثلاثة كما هو قضيّة الاشتراك المعنوي، وليس كذلك، فلابدّ من الالتزام بالاشتراك اللفظي بينها فيحتاج تعيين كلّ منها إلى قرينة معيّنة.

قلت: نعم، لو لم يختلف الأفراد في احتياج بعضها إلى مؤونة زائدة على أصل وجوده دون الآخر، وإلّا فلا، نظير الواجب المطلق والمشروط بملاحظة أنّ فرديّة الثاني للواجب يحتاج إلى قيد زائد دون الأوّل؛ إذ يكفي فيه مجرّد انتفاء القيد، والمقام من هذا؛ حيث إنّ فرديّة المسمّى في العقد للدّرك محتاج إلى تواطي المتعاقدين على دركيّته مع إمضاء الشارع له، ومنه يعلم الحال في أقلّ الأمرين، فتفطّن.

٤/١٠٢ **قوله: كما ذكره بعضهم في بعض المقامات.**

أقول: يعني به الشهيد الثاني في المسالك في الهبة ـ في ذيل قول المحقّق: «ولو تلفت والحال هذه، أو عابت لم يضمن الموهوب له؛ لأنّ ذلك حدث في ملكه وفيه تردّد. انتهى» ـ فإنّه قال: وحاصل الأمر: أنّ العين الموهوبة المشروطة فيها الثواب لو تلفت في يد المتّهب أو عابت قبل دفع العوض المشروط وقبل الرّجوع سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا، فهل يضمن المتّهب الأرش أو الأصل؟ قولان:

أحدهما: عدم الضمان، وهو الذي اختاره المصنّف ثمّ تردّد فيه، وجزم به العلّامة في التذكرة وولده في الشرح؛ لما ذكره من العلّة وهو: أنّ ذلك النقص حدث في ملك المتّهب فلم يلزمه ضمانه؛ ولأنّ المتّهب لا يجب عليه دفع العوض كما مرّ، بل للواهب الرّجوع في العين والتفريط منه حيث تركها في يد من سلّطه على التصرّف فيها مجّاناً.

والثاني: الضمان، جزم بن ابن الجنيد من المتقدّمين وبعض المتأخّرين؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»؛ لأنّه لم يقبضها مجّاناً، بل ليؤدّي عوضها ولم يفعل؛ ولأنّ الواجب أحد الأمرين: ردّها أو دفع العوض، فإذا تعذّر الأوّل وجب الثاني.

وأُجيب عن دليل الأوّلين بأنّه لم يدخل في ملكه بل بشرط العوض

وذلك معنى الضمان، وعدم وجوب دفع العوض إن أُريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفي الوجوب على البدل الذي هو المدّعى، وحينئذ فإذا تعذّر أحد الأمرين المخيّر فيهما وجب الآخر عيناً، وإن أُريد به عدم الوجوب أصلاً، فهو ممنوع، وهو الوجه.

وإذا تقرّر هذا، وهو الضمان مع التلف، فهذا الواجب مثل الموهوب أو قيمته، أو أقلّ الأمرين من ذلك ومن العوض؟ وجهان: أجودهما الثاني؛ لما عرفت من أنّ المتّهب مخيّر بين الأمرين، والمحقّق لزومه هو الأقلّ؛ لأنّه إن كان العوض الأقلّ فقد رضى به الواهب في مقابلة العين، وإن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتّهب لا يتعيّن عليه العوض، بل يتخيّر بينه وبين بذل العين، ولا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها، وهذا هو الأقوى.

ووجه اعتبار القيمة: أنّ العين مضمونة حينئذٍ على القابض فوجب ضمانها بالقيمة.

وفيه: أنّه مسلّط على إتلافها بالعوض ولا يلزمه أزيد منه لو كان أنقص. انتهى موضع الحاجة.

الظاهر أنّه تمسّك باستصحاب التخيير بين الأمرين إلى ما بعد التلف المنتج؛ لعدم وجوب دفع العوض المشروط معيناً؛ لوضوح أن التخيير قبل التلف مجرّداً عن الاستصحاب لا يقتضي جواز دفع الأقلّ بقيمته حال التلف لو كان هو الموهوب، ولا مجال هنا للاستصحاب لتبدّل الموضوع، فلابدّ: إمّا من الالتزام بوجوب دفع خصوص العوض ولو كان أكثر كما قال به جماعة، نظراً إلى أنّه إذا تعذّر أحد فردي الواجب المخيّر تعيّن الآخر بضميمة وجوب الوفاء بعقد الهبة بعد التلف فتأمّل؛ أو عدم وجوب شيء عليه أصلاً كما ذهب إليه جماعة؛ ولعلّ الأقوى هو الأوّل؛ إذ لا مانع من تأثير اليد فيه في الضمان؛ إذ يكفي في رفع المجّانية المانعة عنه اشتراط التعويض، ولا يعتبر فيه كون

العوض في مقابل نفس المال، فتأمّل، فإنّ لتحقيق المسألة محلّاً آخر.

١١/١٠٢ **قوله﴿ﻧﺘﺮ﴾: لجواز كون نوع.**

عموم «العقود» ليس باعتبار الأنواع

٣: ١٨٥ ـ ١٨٧

أقول: التعليل بظاهره عليل؛ إذ إمكان ذلك لا يمنع عن إرادة العموم الأنواعي، وقد أشرنا إلى توجيهه بما حاصله استلزام إرادة العموم على النحو المذكور تفكيك علّة الضمان في الأمثلة التي ذكرها عن الضمان؛ لأنّها توجب دخولها في عكس القاعدة، ولازمه عدم الضمان، مع أنّها مشتركة في علّة الضمان في صحيحها، يعني: أنّ القاعدة إخبار عن أنّ ما هو سبب الضمان في العقود الصحيحة فهو سبب له في فاسدها أيضاً، فإذا كان الإقدام أو اليد في الصنف الصحيح من نوع الصلح ـ كالصّلح المعاوضي ـ سبباً له لكان سبباً له في فاسد هذا الصنف أيضاً.

١٣/١٠٢ ـ ١٤ **قوله: وكذا الكلام في الهبة المعوّضة.**

أقول: أي لا يلتفت إلى أنّ نوع الهبة من حيث هي لا توجب الضمان.

ثمّ إنّ هذا بناءً على أنّ الهبة المعوّضة معاوضة لا هبة مشروط فيها التعويض، فلا منافاة بين هذا وبين ما يأتي بعد ذلك.

قوله: نعم ذكروا في وجه.

أقول: لمّا كان ظاهر هذا أنّ المدار على نوع العقد استدركه، ثمّ وجّهه بما ينطبق على أنّ المدار على الصنف.

١٥/١٠٢ **قوله: ثمّ المتبادر من اقتضاء الصحيح.**

أقول: كان الأولى ذكر هذا بعد التكلّم في معنى الباء والبناء على كونها للسّببيّة؛ إذ على الظرفيّة لا معنى للاقتضاء كي يتكلّم في أنّه بنفسه أو أعمّ منه، ومن كونه بالشرط.

وكيف كان، فقد عمّم السيّد الأُستاذ ـ طاب ثراه ـ الاقتضاء وعلّله بأنّ العقد مع الشرط ومجرّداً عنه صنفان متغايران، وبعد إرادة الصنف من مدخول

كلّ لا يبقى الإشكال. انتهى.

وفيه نظر ؛ لأنّ كونهما صنفين لا يقتضي دخولهما في الموضوع حتى يكون المراد من الاقتضاء أعمّ منهما، بل هو فرع كون المراد منه الأعمّ لوضوح أنّه لا يجتمع مع اختصاصه بالاقتضاء النفسي، فلو كان عمومه لهما فرع دخولهما في الموضوع لدار؛ والسرّ في ذلك: أنّ مقدار عموم الموضوع من حيث الشمول لهذين الصنفين وعدمه موقوف على عموم الاقتضاء المستفاد من الباء للاقتضاء النفسي والغيري؛ إذ لا ينعقد للموضوع ظهور إلّا بعد تماميّة قيوده، ولو كان له ظهور فهو محكوم بظهور القيد وهو ظاهر.

فالحقّ ما ذكره المصنّف؛ إذ بناءً عليه لا يعمّ الموضوع لهذين الصنفين ابتداءً، وحينئذٍ لا وجه للدّغدغة في عدم صحّة الاستناد إلى هذه القاعدة لإثبات الضمان في مسألة الإجارة المشروط فيها ضمان العين المستأجرة.

هذا كلّه بناء على إنشائيّة القاعدة، وأمّا بناء على إخباريتها فلا ريب في الضمان في المسألة بناء على أنّ الشرط لأجل التصرّف في كيفيّة اليد، وأنّها يد ضمان لا يد ائتمان، بمعنى أنّ الشرط يدفع الائتمان المانع من تأثير اليد، فالمؤثّر هو اليد لا الشرط حتّى يدور الأثر مدار الصحّة والفساد، وكذلك الكلام في العارية المضمونة.

قوله: من العارية المضمونة. ١٧/١٠٢

أقول: يعني المضمونة لأجل شرط الضمان، كما في عارية غير الدينار والدرهم أو غير مطلق الذهب والفضة، لا العارية المضمونة باقتضاء نفس العقد كما في عاريتهما؛ لأنّ هذا القسم الثاني لا إشكال في الضمان بفاسده مثل صحيحه استناداً إلى هذه القاعدة لوضوح اندراجه فيها.

قولهﷺ: بفاسده مطلقاً. ١٨/١٠٢

أقول: يعني بكلا قسمي العارية المضمونة حتى فيما إذا كان الضمان فيه

باقتضاء الشرط الذي هو محلّ البحث من حيث الاندراج تحت القاعدة، فيعلم من هذا أنّ صاحب الرياض عمّم الاقتضاء للاقتضاء الشرطي أيضاً؛ إذ لا مدرك فيه للضمان عدا هذه القاعدة.

قوله: بناء على أنّها هبة مشروطة.

أقول: إذ حينئذٍ يكون الضمان باقتضاء الشرط ، وأمّا بناء على أنّها معاوضة فهو باقتضاء نفس العقد.

٢٠/١٠٢ **قوله: ويضعف بأنّ الموضوع.**

أقول: يعني بأنّ الموضوع هو العقد الذي وجد له في الشرع قسم صحيح، وهو ما كان جامعاً لشرائط الصحّة، وقسم آخر فاسد وهو ما لا يكون كذلك، لا ما يفرض صحيحاً تارة... إلى آخره.

لا يقال: الفرض والتقدير لابدّ منه على كلّ من تقديري كون العموم أفرادياً أو أصنافيّاً، غاية الأمر المفروض في الأوّل صحّة الموجود تارة وفساده أُخرى، وفي الثاني وجود الصحيح تارة ووجود الفاسد أُخرىٰ.

لأنّا نقول: تقدير الوجود لابدّ منه على كلّ من التقديرين، وأمّا تقدير الصحّة والفساد في الوجود إنّما يحتاج إليه على تقدير العموم الأفراديّ دون الأصنافيّ؛ إذ معنى القاعدة على الثاني: أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه في الشرع إذا وجد في الخارج يضمن بفاسده كذلك، وعلى الأوّل أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه إذا وجد وفرض صحيحاً يضمن بفاسده إذا وجد، ففي الأوّل يحتاج إلى فرضين: فرض الوجود وفرض الصحّة، وفي الثاني يحتاج إلى فرض الوجود خاصّة؛ فإنّ الصحّة فيه واقعيّة لا فرضيّة، وظهور الوصف في وجود قسمي الصحيح والفاسد للعقد في الشرع بالفعل لا بالفرض يقتضي أن يكون العموم أصنافياً لا أفراديّاً.

١٩/١٠٢ **قوله: ورتّب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أُجرة.**

أقول: ما ذكره من الفرعين على كلّ حال خارج عن أصل القاعدة قطعاً وداخل تحت العكس في الجملة؛ ضرورة أنّ المراد من العقد فيها في الموضعين ما صدق عليه عنوانه عرفاً، بمعنى أن يكون جامعاً لجميع ما يعتبر في وجود عنوانه الكلّي عند العرف وإن كان فاقداً لبعض ما يعتبر فيه عند الشرع، ومعلوم أنّ الأُجرة والثمن من أركان الإجارة والبيع ومقوّماتهما حتى مع قطع النظر عن الشرع، فبدونهما لا إجارة ولا بيع.

وحينئذٍ إن كان قصد منهما حقيقة البيع والإجارة فلا يكون هناك عقد أصلاً؛ لأجل التناقض في القصد، فيخرجان عن القاعدة أصلاً وعكساً؛ إذ الموضوع فيها العقد ولا عقد في الفرض، وإن كان قصد منهما التمليك بلا عوض غاية الأمر عبّر بلفظ الإجارة والبيع فيكون عارية وهبة غير معوّضة، مع الصحّة إن قلنا بكفاية المجاز والكناية، ومع الفساد إن لم نقل بها، وعلى التقديرين: فهما من أفراد عكس القاعدة، ومقتضاه عدم الضمان فيهما.

ومن هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنّف بقوله : «فالمتعيّن بمقتضى هذه القاعدة» من الحكم بالضمان في مسألة البيع بلا ثمن؛ معلّلاً بأنّ صحيح البيع وهو البيع بثمن يضمن به؛ إذ قد مرّ أنّه إمّا ليس ببيع ولا هبة فهو ليس بعقد، فلا ربط بموضوع القاعدة، أو هبة صحيحة أو فاسدة فيكون من مصاديق العكس ومقتضاه عدم الضمان.

قوله‏‏: في مسألة البيع. ٢١/١٠٢

أقول: ينبغي ذكر مسألة الإجارة أيضاً.

معنى الباء في «بصحيحه» و «بفاسده» ٣: ١٨٧ ـ ١٨٨

قوله: فإنّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض. ٢٣/١٠٢

أقول: لا يخفى ما في التمثيل بالصرف والسّلم؛ حيث إنّ القبض فيهما من شرائط الصحّة، فعدم الضمان قبله لعدم صحّة العقد.

وبالجملة: مرجع التعليل بالنسبة إليهما إلى أنّ العقد الصحيح بعد الفراغ

عن صحّته قد لا يوجب الضمان إلّا بعد الصحّة، وهو كما ترىٰ.

٢٤/١٠٢ **قوله: فتأمّل.**

أقول: لعلّه إشارة إلى توقّف الضمان على القبض في صحيح الصرف والسّلم لا يمنع عن كون الباء في «بصحيحه» للعلّة التامّة، بل يؤكّده؛ لتوقّف صحّة العقد فيهما عليه، وقد أشرنا إلى ذلك في الحاشية السابقة، ويمكن أن يكون إشارة إلى وهم ودفع.

أمّا الوهم، فهو أنّ كون المبيع مضموناً على البائع قبل القبض لا ينافي كون العقد الصحيح علّة تامّة لضمان المشتري له بعوضه المسمّى، بل يؤكّده؛ نظراً إلى أنّ العقد لو لم يوجب ضمانه له بمعنى كونه له مقابل العوض لمّا كان وجه لضمان البائع له قبل القبض؛ إذ بناءً عليه يكون هو للبائع، وقد مرّ أنّه لا معنى لضمان الشخص لأمواله، فكون ضمانه على البائع يتوقّف على تأثير العقد في ضمان المشترى له وكونه علّة له حتّى يكون يد البائع بالنسبة إليه يد الغير وهو المطلوب.

وأمّا الدّفع: فهو أنّه لو كان الوجه في ضمان البائع للمبيع هو اليد الناشئة من صحّة العقد لكان اللازم ضمانه له ببدله الواقعي لا الجعلي، وليس كذلك إجماعاً، فيعلم منه أن الموجب لضمان البائع ليس اليد الناشئة من صحّة العقد، وتأثيره في ضمان المشترى وانتقال المبيع إليه، بل الموجب له عدم تماميّة ما هو الموجب لانقلاب الضمان من البائع إلى المشتري لانتفاء القبض، فيبقى على ما كان عليه قبل العقد من كون تلفه من مال البائع ونتيجته ردّ المسمّى.

ويمكن الخدشة على هذا الدّفع بأنّا نختار أنّ منشأ أصل ضمان البائع هو اليد، وأمّا خصوصيّته وهو كون التدارك بالمسمّى لا بالبدل الواقعي ، فإنّما جاءت من قبل الدليل الخارجي، وهو حديث: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» بتقريب: أنّ الضمير المرفوع على الابتداء راجع إلى المبيع،

وتوصيفه بقوله: «تلف قبل قبضه» للإشارة إلى أنّه منشأ الحكم، و«من» على الظاهر تبعيضيّة، فالمعنى: أنّ كلّ ما خرج عن ملك البائع وعداد أمواله بواسطة بيعه الموجب لذلك إذا تلف قبل قبضه فهو من جملة أمواله وأملاكه.

وهو على حقيقته غير معقول، فلابدّ من الالتزام بتجريد المبيع عن وصف المبيعيّة ولحاظ ذاته في الأخبار، إمّا عنه بكونه من مال البائع ومرجعه إلى الانفساخ الدّائر في الألسنة خلفاً عن سلف، وإمّا من الالتزام بكون الحمل فيه تنزيليّاً، وأنّ المبيع بما هو ملك المشتري منزّل منزلة مال البائع في الحكم والأثر، وهو تضرّره به وكون تلفه منه بتمامه وعدم مطالبته من أحد، ولازم ذلك عدم أخذه للمسمّى من المشتري إن كان عنده وردّه فقط إليه إن كان قد أخذه؛ إذ لو وجب عليه ردّ البدل الواقعي لزم تضرّره بأزيد من ضرر تلف نفس المبيع لو كان ماله ولم يبعه، كما لو كان البدل الواقعي أزيد من المسمّى أو بأنقص منه، كما فيما إذا كان أقلّ منه وكلاهما خلاف كونه منزلة مال البائع.

وعلى التقديرين، لا مانع من كون الباء في «بصحيحه» للعلّة التامّة بالنسبة إلى مطلق البيع، والقول بأنّه علّة تامّة للضمان والتلف قبل القبض رافع له بعد حدوثه برفع سببه، وهو العقد حقيقة على التقدير الأوّل، وتنزيلاً على الثاني.

وبالجملة: العقد الصحيح تمام العلّة في حدوث الضمان ولا دخل للقبض فيه أصلاً؛ وإنّما هو دخيل وشرط في بقاء الضمان واستمراره والكلام في الأوّل، ويمكن أن يكون الأمر بالتأمّل إشارة إلى الخدشة فيما علّل به كون الباء لمطلق السببيّة، بأنّه إنّما يتمّ فيما لو كان السّبب متّحداً مع العلّة من حيث المعنى، وليس كذلك؛ لأنّ السبب في الاصطلاح عبارة عن خصوص المقتضى من بين أجزاء العلّة التامّة، فتمامه ونقصانه دائر مدار تمام نفس المقتضى ونقصانه، بحيث لا مدخليّة للشرط في ذلك أصلاً بخلاف العلّة، فإنّ التامّة منها

هي السبب مع زيادة، والناقصة منها أعمّ مطلقاً من السبب، فحينئذ يمكن أن يقال: إنّ السبب هو العقد والقبض شرط، فيصحّ جعلها للسببيّة التامّة، بمعنى: أنّ مدخول الباء تمام المقتضى للضمان.

ولا ينافي ذلك عدم ترتّب الضمان على بعض العقود إلّا بعد القبض؛ إذ ليس المراد من المقتضى إلّا ما يتوقّف تأثيره على شيء آخر، ولكن يردّ هذا ما أشرنا إليه من دوران الضمان مدار القبض وجوداً وعدماً، ومعه كيف يصحّ أن يقال بأنّ للعقد دخلاً في أصل الضمان إلّا بما وجّهنا به سابقاً كون الباء للسّببية من دخالته فيه بنحو المنع عن وجود المانع عن تأثير اليد في الضمان أعني المجّانية؟

٢٥/١٠٢ **قوله: فجعل الفاسد سبباً إمّا لأنّه منشأ.**

أقول: هذا التوجيه جارٍ في الصحيح أيضاً، فلا وجه لتخصيصه بالفاسد.

٢٦/١٠٢ **قوله: وإمّا لأنّه سبب الحكم.**

أقول: يعني وإمّا لأنّ العقد مقتضٍ للحكم بالضمان والقبض على وجه الضمان شرط له، فيكون من أفراد مطلق السببيّة.

٢٧/١٠٢ **قوله: والغرض من ذلك كلّه دفع ما يتوهّم.**

أقول: الذي يصلح لدفعه هو التوجيه الثاني الذي ذكره بقوله: «وإمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان»، وقد مرّ عدم صحّة إرادته وأنّ المتعيّن إرادة التوجيه الأوّل، ولكن من دون اختصاص بخصوص الفاسد وعدم الحاجة إلى هذا التوجيه في الصحيح كما هو ظاهر المتوهّم؛ حيث إنّ الظاهر من قوله: «فكيف يقاس على الصحيح» سببيّة نفس العقد الصحيح لأصل الضمان.

نعم العقد الصحيح علّة تامّة لخصوصيّة الضمان فيه وكون ما يتدارك به المضمون على تقدير التلف هو المسمّى وإن لم ينطبق على البدل الواقعي، بخلاف الفاسد فإنّه لغو صرف لا أثر له أصلاً، لكن القاعدة واردة في مقام بيان

اشتراكهما في سبب أصل الضمان لا في خصوصيّته بعد الفراغ عن أصله.

من هنا ظهر عدم صحّة توجيه تفرقة المتوهّم بينهما، بتسليم مدخليّة العقد في الضمان في الصحيح دون الفاسد، بحمل القاعدة على بيان اتّحادهما في مدخليّة العقد في خصوصيّة الضمان، وأمّا أصله فهو مستند إلى نفس القبض الخاصّة، فالتوهّم والدفع فاسدان، أمّا الأوّل فلأنّ مقتضاه دخالة العقد في الصحيح في الضمان، بل كونه علّة تامّة له وقد مرّ بطلانه، وأمّا الثاني فلأنّ الدافع له بالنسبة إلى دخالة العقد الفاسد في الضمان إنّما هو التوجيه الأوّل لا الثاني؛ لعدم صحّة إرادته كما مرّ.

قوله: وقد ظهر من ذلك أيضاً فساد. ٢٨/١٠٢

أقول: يعني بالمشار إليه ما ذكره بقوله: «وأمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض»، فحينئذٍ نقول:

إن كان غرضه أنّه ظهر منه عدم ظهور القاعدة في سببيّة العقد الفاسد للضمان وعدم توقّفه فيه إلى القبض، ففيه ما لا يخفى؛ ضرورة ظهور الباء في العلّية التامّة، وأنّ ما تقدّم في السابق من التوجيه تصرّف في الظهور، وحمل له على مطلق العلّية ولو الناقصة كما في الفاسد مطلقاً.

وإن كان غرضه أنّه ظهر منه عدم صحّة ظاهره فهو مع أنّه خلاف ظاهر العبارة ليس إلّا ما ذكره المتوهّم.

قوله: فلابدّ من تخصيص القاعدة. ٢٩/١٠٢

أقول: يعني من تخصيصها بالقياس إلى العقود الفاسدة بصورة القبض بإجماع ونحوه على اشتراط الضمان فيها بالقبض.

قوله: ثمّ إنّ المدرك لهذه الكلّية.

الكلام في مدرك القاعدة ٣: ١٨٨

أقول: هذا لا يلائم لإنشائيّة القاعدة؛ إذ لا معنى لجعل أحد الدليلين مدركاً للآخر ولو كان بينهما عموم وخصوص، وأمّا بناء على إخباريّتها لابدّ لها

من المدرك وهو اليد كما مرّ ويأتي.

الاستدلال بقاعدة الإقدام وخبر «على اليد» ٣: ١٨٨

٣٠/١٠٢ **قوله: والظاهر أنّه تبع.**

أقول: نعم، ولكنّه رحمه الله غفل عن أنّ غرض الشيخ رحمه الله ليس أنّ الإقدام على وجه الضمان علّة تامّة أو مقتضٍ أو شرط للضمان، بل مراده كما نفى المصنّف عنه البعد، فيما بعد بيان أنّ المانع من تأثير اليد والقبض وهو الإقدام على وجه المجّانية منتفٍ في صورة الإقدام على وجه الضمان على ما تقدّم.

المناقشة في الاستدلال بقاعدة الإقدام ٣: ١٨٨ ـ ١٨٩

٣٢/١٠٢ **قوله: وهذا الوجه لا يخلو عن تأمّل.**

أقول: لو كان مراد الشيخ رحمه الله من التعليل ما فهمه صاحب المسالك والمصنّف، وأمّا بناء على ما وجّهناه فلا وجه للتأمّل فيه؛ لوضوح عدم انفكاك إرادة المجّانية عن إرادة الضمان الخاصّ، ولا دخل في هذا المقام للإمضاء وعدمه.

٣٤/١٠٢ **قوله: إذ قد يكون الإقدام موجوداً.**

أقول: هذا أيضاً مبنيّ على ما فهماه من كلام الشيخ، وأمّا بناء على ما وجّهناه فلا؛ لأنّ انتفاء الضمان قبل القبض حينئذٍ مستند إلى انتفاء المقتضى وهو القبض.

٣٥/١٠٢ **قوله: وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد.**

أقول: لا ينفكّ انتفاء الضمان عن عدم الإقدام على الضمان، أي الإقدام على المجّانية وعدم الضمان لمنع المجّانية عن تأثير اليد والقبض في الضمان، وما ذكره من الفروع أجنبيّ عن المقام، أمّا الأول: فلوجود الإقدام على الضمان فيه على تقدير قصد البيع حقيقة؛ لأنّ قصده كذلك عين الإقدام على الضمان وعدم المجّانية، وأمّا على تقدير عدم قصده كذلك كما هو قضيّة اشتراط ضمان المبيع على البائع فلا عقد ولا ضمان أيضاً؛ لوجود ما يمنع عن تأثير اليد من قصد المجّانية وعدم الضمان.

وأمّا الفرعان الآخران فيعلم الآخر فيهما من التأمّل فيما ذكرناه في الفرع الأوّل.

المناقشة في الاستدلال بخبر «على اليد» ٣: ١٨٩ ـ ١٩٠

قوله: إلّا أنّ مورده مختصّ بالأعيان. ٢/١٠٣

أقول: سيأتي إن شاء الله في ثالث الأُمور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد: أنّه لا يمنع ذلك من الاستدلال بالحديث على ضمان المنافع في صورة قبض العين ذات المنفعة.

الاستدلال بما دلّ على احترام مال المسلم وقاعدة نفي الضرر ٣: ١٩٠

قوله: اللهمّ إلّا أن يستدلّ على الضمان في المنافع. ٣/١٠٣

أقول: الغرض من ذلك بيان المدرك لأصل القاعدة بالنسبة إلى مورد الإجارة من المنافع والأعمال بالثلاثة الأُول للمنافع، وبالرابع والخامس لها وللأعمال، فتدبّر.

ثمّ إنّه لم أعثر على خبر مضمونه احترام مال المسلم، غير الخبر المتضمّن لقوله عليه السلام: «وحرمة ماله كحرمة دمه» وهو خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام المتقدّم ذكره في مسألة حرمة سبّ المؤمن من المكاسب المحرّمة.

وأمّا قوله: «لا يصلح ذهاب حقّ أحد» فنظره قدس سره في ذلك إلى رواية الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة على غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم، إذا لم يجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد»؛ وإلى رواية سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن شهادة أهل الملّة؟ قال: فقال: لا تجوز إلّا على ملّتهم؛ فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية؛ لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد».

وأما رواية ضريس فهو مخصوص بالمسلم: «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل ملّة: هل تجوز عن رجل من غير أهل ملّتهم؟ فقال: لا، إلّا أن لا يوجد في ملك الحال غيرهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية؛ لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ امرئ مسلم».

وكيف كان، فالاستدلال بها عليه لا يخلو عن الإشكال؛ إذ بعد تسليم صدق المال على المنفعة، وتسليم أنّ قضيّة الاحترام والحرمة هو الضمان أيضاً، لا خصوص عدم جواز التصرّف كما هو القدر المتيقّن لو لم نقل بأنّه الظاهر فتأمّل، والإغماض عن اختصاص بعضها بمال المسلم، فيكون أخصّ من المدّعى، والغضّ عن عدم العمل بعموم التعليل في الأخير في غير مورده وهو الوصيّة مع اجتماع الشروط المذكورة في كتابي الوصيّة والشهادة، ومنه المقام، فلا يصحّ الاستدلال به عليه، فتدبّر.

يمكن دعوى انصرافها عن عمل المسلم، فينحصر المدرك للقاعدة حينئذ بالنسبة إلى الإجارة الفاسدة المتعلّقة بعمل الحرّ، بقاعدة نفي الضرر؛ بناء على أنّ مفادها نفي الأحكام الشرعية الناشئ عنها الضرر أعمّ من الوجودية والعدميّة، بمعنى أنّ ما يجيء منه الضرر لو كان عدم الحكم بشيء يرفعه لابدّ من جعله وإثباته بمقتضى الحديث، كما لابدّ من نفيه لو كان هو وجود الحكم وثبوته، والمقام من الأوّل؛ لأنّ الذي يجيء منه الضرر هنا على العامل ومالك المنفعة هو عدم جعل الضمان، ولا يعارضه مجيء الضرر على الضامن من جعل الضمان عليه؛ لأنّه من جهة إقدامه عليه لا منّة في نفيه عنه، فلا ينفى.

وأمّا بناء على أنّ مفادها حرمة الإضرار على الغير، كما هو الحقّ الذي حقّقناه في الهداية في شرح الكفاية، أو نفي خصوص الأحكام الوجودية، وإن كان التحقيق على تقدير تعرّضها للأحكام هو الأوّل، كما يدلّ عليه رواية سمرة ورواية عقبة بن خالد في الشفعة بملاحظة موردهما، لا دلالة لها على الضمان في المقام.

وأمّا بالنسبة إلى المسابقة الفاسدة بناءً على استحقاق السابق لأُجرة المثل كما ذهب إليه جماعة، فهي خالية عن المدرك؛ لعدم الضرر في عدم استحقاقه لها في مقابله.

هذا بناء على اجتماع أمرين: أحدهما: إنشائيّة القاعدة وإنّ السبب للضمان نفس العقد. والآخر: احتياجها إلى المدرك مع ذلك أيضاً.

وأمّا بناء على أنّها إخبار عن أنّ العقد سبب السبب للضمان وهو القبض، أو سبب لعدم وجود المجّانية المانعة عن تأثير اليد والقبض؛ كي يكون إسناد السّببية للضمان إلى العقد من قبيل إسنادها إلى أحد أجزاء العلّة التامّة، وهو عدم المجانيّة وإن كانت محتاجة إلى المدرك بالنسبة إليها لو عمّتها، ولكنّها لا تعمّها من أوّل الأمر؛ لاختصاص موردها على هذا المبنى بما كان قابلاً للقبض، وهو منتفٍ في السبق، ولعلّه واضح.

ومن هنا يعلم عدم ورود النقض بالسبق الفاسد على أصل القاعدة على القول بعدم استحقاق السابق لأُجرة المثل؛ بناءً على إخباريّتها بخلافه بناء على انشائيتها؛ وذلك لأنّ السبق من أفراد القاعدة على الثاني دون الأوّل.

ثمّ إنّ مورد كلام المصنّف في الاستدلال بهذه الأدلّة هو المنافع المستوفاة بقرينة قوله: «فكلّ عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره»، وقوله: «ويبقى الكلام حينئذٍ في بعض الأعمال التي لا يرجع نفعها إلى الضامن».

قوله: بحيث يقع. ٤/١٠٣

أقول: الظاهر زيادتهما لعدم الحاجة إليهما.

توجيه الاستدلال بقاعدة الإقدام ٣: ١٩٠ـ١٩١

قوله: واحترام الأموال. ٧/١٠٣

أقول: هذا عطف على اليد، ولا يخفى أنّ الأولى أن يقول: عن مقتضى اليد في الأعيان والاحترام في المنافع والأعمال.

قوله: من النقض والاعتراض. ٨/١٠٣

أقول: يعني النقض من حيث الطرد والعكس والاعتراض بعدم الدليل على المطلب وهو سببيّة الإقدام للضمان.

الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن ٣: ١٩١

قوله: ويبقى الكلام حينئذٍ.

أقول: يعني يبقى الكلام والبحث في مدرك الضمان حين إذ لم يكن الإقدام دليلاً مستقلاً على الضمان في بعض الأعمال المضمونة يعني: المضمونة عند جماعة، حيث وقع الخلاف فيه، فحكم جماعة بالضمان خلافاً للشيخ والمحقّق ومن تبعهما ولا دلالة في شيء من الأدلّة المتقدّمة على الضمان فيها... إلى آخر ما ذكره في المتن.

ولا يذهب عليك أنّ الإشكال في مدرك الضمان في العقد في هذا النحو من الأعمال، أعني: السبق والرماية قد نشأ من توهّم عدم كونه من باب الإجارة، وهو ناشٍ من توهّم اعتبار انتفاع المستأجر بمتعلّق الإجارة فيها.

ويمكن أن يقال: إنّه غير معتبر، وإنّما اللازم فيها ـ على ما حقّقناه في مسألة الأُجرة على الواجبات ـ أن يكون للمستأجر غرض عقلائي في متعلّقها يرغب إليه؛ لأن يتحقّق في الخارج، ولو كان ذاك الغرض أمراً راجعاً إلى شخص آخر. وإن أبيت إلّا عن اعتبار انتفاع المستأجر فيها فيكفي فيه انتفاعه بمدح العقلاء له في سببيّته لاستعداد السابق على الحرب عند الجهاد.

فالسبق حينئذٍ يندرج في باب الإجارة ويكون مشروعيّتها على طبق القاعدة، وإنّما يكون عدم الجواز في غير الثلاثة المعروفة على خلافها لأجل النصّ، فتدبّر، فيندرج المسابقة الفاسدة مثل سائر أفراد الإجارة الفاسدة تحت قاعدة ما يضمن بصحيحه؛ بناء على الإنشائية فيصحّ الاستدلال على الضمان فيها بمثل «لا يصلح ذهاب حقّ أحد» بناء على الاحتياج إلى المدرك على الانشائيّة، وأمّا بناء على عدم الاحتياج عليها فنفس القاعدة يكون دليلاً على الضمان.

كما أنّها بناءً على الإخباريّة تخرج عن القاعدة كما أشرنا إليه، ويكون القول بالضمان خالياً عن الدليل الحاكم على أصالة البراءة إلّا وقوع السبق

بأمره بما يأتي من التقريب، فتأمّل فإنّه لا يخلو عن إشكال.

قوله: ولم يقع بأمره أيضاً. ١٠٣/٩ ـ ١٠

أقول: حيث إنّ سبق كلّ منهما خلاف مقصود الآخر، فكيف يأمر به ذاك الآخر، ويمكن أن يقال: إنّ المنتفي هنا هو الأمر بداعي الجدّ وبغرض تحقّق متعلّقه في الخارج، وأمّا الأمر بداعي استكشاف قدرة المأمور على إيجاد المأمور به، وهو السبق وعجزه عنه، فلا، ولا يعتبر في استناد وقوع الفعل من المأمور إلى الأمر الموجب لاستحقاق الأُجرة عليه أن يكون أمره به من القسم الأول، بل يكفي كونه من الثاني، ألا ترى أنّه لو أمر شخص شخصاً بالصعود على سطح خاصّ بالطفرة عليه المبغوض عنده بداعي اختبار قدرته عليه فصعده، يصحّ أن يقال: إنّه وقع الصعود بأمره واستند إليه؟

لا فرق في الضمان بين جهل الدافع بالفساد وعلمه به ٣: ١٩٢

قوله: ثمّ إنّه لا فرق فيما ذكرنا. ١٠٣/١١

أقول: هذا ناظر إلى أصل المسألة، أعني: ضمان المبيع المقبوض بالعقد الفاسد، والحكم في جميع صورها الأربعة ـ الحاصلة من ضرب البائع والمشتري في العلم بالفساد والجهل به ـ هو الضّمان حتّى في صورة علم الدّافع بالفساد وجهل القابض به كما حكي عن المشهور؛ وذلك لإطلاق حديث «على اليد» مع فساد ما ذكر أو يمكن أن يذكر وجهاً للتفصيل بالقول بعدم الضمان في الصورة المذكورة، ووجوده فيما عداها، وهو أُمور:

الأوّل: الأصل.

وفيه: أنّ الإطلاق حاكم عليه إن أُريد منه الأصل الحكمي، وأمّا إن أُريد منه أصالة عدم تحقّق الضمان، ففيه: أنّ اليد تقتضيه؛ فلابدّ من العمل على طبقها حتّى يعلم المانع، وهو عنوان الأمانة، وهو معلوم العدم.

الثاني: التسليط المجّاني الملازم للعلم بالفساد، وهو مانع من تأثير اليد في الضمان. وجه الملازمة: أنّ العلم بالفساد موجب للعلم بعدم استحقاق

العوض، وهو موجب للإقدام على دفع المال مجّاناً.

وفيه ـ مضافاً إلى عدم اختصاص هذا الوجه بصورة جهل القابض، بل يجري في صورة علمه أيضاً ـ: أنّه إن أُريد أنّه مع العلم بعدم الاستحقاق لايمكن قصد حقيقة البيع ولازمه قصد المجّانية فينتفي الضمان، ففيه:

أوّلاً: منع الملازمة بين العلم بعدم الاستحقاق واستحالة القصد المذكور، ويعلم هذا من ملاحظة التشريع؛ إذ لا فرق بينه وبين المقام.

وثانياً: منع الملازمة بين عدم قصد حقيقة البيع وبين مجّانية التّسليم الخارجي لجواز كونه بعوض، بل الأمر كذلك في مقامنا هذا؛ ضرورة أنّ تسليط المشتري على المثمن إنّما هو في مقابل تسليطه البائع على الثمن، فلا مجّانية تمنع عن تأثير اليد.

هذا، مع أنّه خروج عن محلّ الكلام من كون القبض الخارجي من متفرّعات البيع الموجود الفاسد، لا انتفاء البيع وكون القبض عنواناً مستقلاًّ قصد به المجّانية، ومع ذلك كلّه لا وجه للفرق بين جهل القابض وعلمه في صورة علم الدّافع؛ لوضوح أنّ التسليط المجّاني النّاشئ من العلم بالفساد لايختلف الحال فيه بعلم القابض وجهله، وإنّما الفرق بينهما بوجود الحرمة التكليفيّة في الأوّل دون الثاني، بل لا وجه له أيضاً؛ حيث إنّ الحرمة فرع عدم التسليط المجّاني، والفرض وجوده وإن أُريد غيره فعليه البيان كي ينظر فيه.

الثالث: قاعدة رجوع المغرور إلى الغارّ في صورة علم الدّافع وجهل القابض والجاهل، وإن كان ضامناً للغارّ لأجل اليد والإتلاف أيضاً لو أتلفه، إلّا أنّه مغرور قد غرّه الدافع بدفعه إليه فيرجع إليه، ونتيجته ـ بملاحظة التهاتر ـ عدم الضمان، بمعنى عدم لزوم أداء بدله في الخارج.

وفيه: منع غرور الجاهل بالتقريب في المتن.

وقد ظهر من تقريب الاستدلال بقاعدة الغرر فساد الجواب عنه بأنّ

المقام ليس من أفرادها؛ نظراً إلى أنّ مقتضاها عدم استقرار الضمان على المغرور، لا عدم الضمان بالمرّة بحيث لايصلح رجوع صاحب المال إليه، ومحلّ الكلام هو الثاني لا الأوّل، [و] وجه الفساد واضح بأدنى تأمّل فيما قرّبناه.

قوله: ولذا لايجوز التصرّف فيه. ١٣/١٠٣

أقول: هذا من استكشاف العلّة عن المعلول.

وفيه: أنّه يمكن استكشاف كونه أمانة من عدم جواز التصرّف أيضاً الذي هو من لوازم الأمانة المالكيّة، فالمتعيّن تركه بالمرّة أو تبديله بقوله: حتّى يترتّب عليه عدم الضمان، أو تبديل قوله: «لايجعلها أمانة مالكيّة» إلى قوله: «ولذا لايجوز» بقوله : لايجعلها عارية كي يرتفع الضّمان؛ لأنّه إنّما دفعه على أنّه ملك المدفوع إليه لا أنّه عارية عنده، ولذا لايجوز إلى آخره.

هذا كلّه، مع أنّه يصحّ لو كان عدم جواز التصرّف مسلّماً عند المفصّل، وهو ممنوع؛ إذ لا مانع منه إلّا حرمة التصرّف في مال الغير بدون إذنه.

وفيه: أنّ لازم التسليط على ما تخيّله هو الإذن، ومعه كيف يقول بعدم جواز التصرّف؟

قوله: هذا كلّه في أصل الكلّية المذكورة. ١٤/١٠٣

أقول: يعني في بيان معنى أصل الكلّية المذكورة، وهو «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وبيان مدركه، تعرّض للأوّل بقوله: «فنقول ومن الله الاستعانة: إنّ المراد من العقد» إلى قوله: «ثمّ إنّ المدرك» وتعرّض للثّاني بقوله: «ثمّ إنّ المدرك... إلى هنا».

الكلام في عكس القاعدة ٣: ١٩٢

قوله: وأمّا عكسها ... إلى قوله: فمعناه. ١٤/١٠٣ـ١٥

أقول: هذا بيان لمعنى عكس الكلّية ، وقوله في آخر الصفحة: «ثمّ إنّ مبنى هذه القضيّة السّالبة» بيان لمدركها.

١٥/١٠٣ **قوله: ضمان مورده.**

أقول: مراده من مورد العقد أعمّ من نفس ما تعلّق العقد ومن متعلّقه، فيعمّ العين المستأجرة التي هي متعلّق ومورد لما تعلّق به عقد الإجارة وهو المنفعة، لا خصوص نفس متعلّقه ومورده.

والدليل على هذا ـ مع أنّه خلاف الظّاهر ـ قوله: «ثمّ انّ مقتضى ذلك ـ أي المعنى المذكور للعكس ـ عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً»؛ ضرورة أنّه بدون تعميم المورد لما ذكرنا لايكون مقتضاه عدم ضمانها؛ إذ بناء على اختصاصه لخصوص متعلّق العقد تخرج العين المستأجرة عن القاعدة موضوعاً، فيرجع إلى قاعدة اليد المقتضية للضّمان.

١٨/١٠٣ **قوله: وما أبعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد.**

هل تضمن العين المستأجرة فاسداً؟ ٣ : ١٩٣ ـ ١٩٤

أقول: لعلّ اختلافهما في النسبة إنّما نشأ من الاختلاف في فهم معنى قولهم: «مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده»، فإنّ المحقّق الأردبيلي ﷺ تخيّل أنّ مورد النّفي الضّمان هنا، وإثباته في الأصل عند الأصحاب خصوص مورد العقد ومتعلّقه، فلايعمّ العين المستأجرة كي يمنع عن الحكم بالضّمان لأجل قاعدة اليد؛ لأنّ متعلّق عقد الإجارة ومورده هو المنفعة والعين مورد لها، والمحقّق الثاني ﷺ تخيّل أنّ مورد النفي والإثبات عندهم أعمّ من مورد العقد، فيعمّ العين المستأجرة، ولازمه: التعارض والتساقط والرّجوع إلى البراءة.

وبالجملة: عند الأصحاب قاعدتان: قاعدة اليد، وقاعدة ما لا يضمن، فإن كان مفاد الثانية عند الأصحاب نفي الضمان عن خصوص مورد العقد المستلزم لعدم شمولها للعين المستأجرة فاسداً ـ كما تخيّله الأردبيلي ـ يكون الحكم في العين المستأجرة فاسداً هو الضمان؛ لقاعدة اليد السّليمة عن المعارض.

وإن كان مفادها عندهم نفيه عن الأعمّ منه، المستلزم لعمومها لها ـ كما

توهّمه المحقّق الثاني ـ يكون الحكم فيها عندهم عدم الضمان؛ لأصالة البراءة؛ لسقوط القاعدتين فيها لأجل التعارض، والاختلاف في فهم معنى قاعدة مسلّمة عند الأصحاب ـ من حيث عمومها للمورد الكذائي وعدمه ـ ليس بأمر عجيب.

قوله: باستيفاء المنفعة. ١٩/١٠٣

أقول: الجارّ متعلّق بالتّلف المستفاد من الضمان، يعني: عدم ضمان العين المستأجرة إذا تلفت باستيفاء المنفعة التي استوجرت لأجلها، والتقييد بذلك للاحتراز عن تلفها باستيفاء غير تلك المنفعة، فإنّه لا إشكال في ضمانها حينئذٍ لكونه غصباً قطعاً.

قوله: لأنّ التصرّف حرام.

أقول: عبارة جامع المقاصد هكذا: لأنّ التصرّف في العين غير جائز فهو بغيرحقّ، فيكون في حال التصرّف استيلاؤه عليها بغير حقّ، وذلك معنى الغصب. انتهىٰ.

يعني من عدم جواز التصرّف: عدم جوازه واقعاً وإن لم يتنجّز، فيعمّ صورة الجهل بالفساد أيضاً، وتفريع كونه بغيرحقّ على عدم جواز التصرّف من باب تفريع العلّة، يعني العلم بها على المعلول الكاشف عنها.

قوله: والأصل براءة الذمّة من الضمان. ٢١/١٠٣

أقول: هذا مبنيّ على إنشائيّة القاعدة وكونها دليلاً مستقلّاً في عرض حديث «على اليد» كما هو الظاهر من قوله: «إلى أنّ كون الإجارة» إلى قوله: «مناف لذلك»، فتدبّر؛ إذ بناء عليه يكون مورد الكلام ـ وهو صورة القبض ـ من موارد اجتماع قاعدة اليد وقاعدة ما لا يضمن إلى آخره، فالمرجع بعد التساقط وعدم جواز الرّجوع إلى دليل الإقدام على الضمان لكون الإقدام هنا على عدم الضمان هو أصالة البراءة.

لكن المبنى ممنوع؛ إذ قد مرّ أنّها قاعدة أخباريّة فلابدّ من الرّجوع إلى أدلّة الضمانات والأمانات، والمورد من موارد الأوّل؛ إذ المفروض ثبوت اليد عليه وليس هناك أمانة من جانب المالك؛ لأنّ إذنه في التصرّف ليس باختياريّ، بل من جهة بنائه على وجود حقّ للقابض فيه، ولا من جانب الشارع لفرض الفساد وعدم الإمضاء، فلاشكّ في الضمان هنا وفي مسألة الرّهن حتى يرجع إلى البراءة أو إلى قاعدة المقتضى والمانع، كما صدر عن بعض الأجلّة.

فممّا ذكرنا في وجه الرّجوع إلى أصالة البراءة ظهر أنّ الوجه في ذكر قوله: «فيقال: إنّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء، وإن لم يكن مستحقّاً» إنّما هو بيان عدم دليل آخر يدلّ على وجود الضمان، فيمنع عن الرّجوع إلى أصالة البراءة عن الضمان فلاتغفل.

ومن هنا ظهر فساد ما أورده البعض المتقدّم ذكره على جامع المقاصد، وهو أنّ دخول ذي اليد على عدم الضمان من حيث هو لا يمنع عمّا تقتضيه اليد، وإنّما المانع إقدام ربّ المال.

وجه الفساد: هو الغفلة عن أنّ غرضه بيان عدم دليل آخر يدلّ على الضمان، لا بيان المانع عمّا تقتضيه اليد.

منشأ الحكم بالضمان ٣: ١٩٤

٢٢/١٠٣ **قوله: ولعلّ الحكم بالضّمان في المسألة.**

أقول: يعني لعلّ حكم الأصحاب بالضّمان في المسألة وعدم عملهم فيها بقاعدة: «ما لا يضمن... إلى آخره» المقتضية لعدمه على ما نسبه إليهم المحقّق الأردبيلي، إمّا لأجل خروجها عنها موضوعاً بما قرّبه المصنّف، فتكون القاعدة متخصّصة بالمسألة، وإمّا لأجل خروجها عنها حكماً مع كونها مندرجة فيها موضوعاً لما ذكره المصنّف على ما نشرحه، فتكون القاعدة مخصّصة بها.

٢٤/١٠٣ **قوله: فيده عليه يد عدوان موجبة للضّمان.**

أقول: ينبغي تبديل هذا بقوله: فلاتكون يده يد أمانة حتى يرتفع الضمان؛ إذ ليس كلّ يد ليست بيد أمانة تكون يد عدوان لوجود الواسطة بينهما.

قوله: وأمّا قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد. ١٠٣/٢٤ ـ ٢٥

أقول: نعم ولكن بطور العموم من وجه كما صرّح به صاحب الجواهر في كتاب الإجارة، فالمرجع بعد التساقط في مورد التعارض ـ مثل ما نحن فيه ـ هو البراءة لا بطور العموم المطلق، بأن يكون قاعدة اليد أخصّ منها فتقدّم عليها، فيحكم بالضّمان كما هو الظاهر من المصنّف؛ إذ لو لم يكن كذلك لما كان ما ذكره وجهاً للحكم بالضّمان، بل يكون وجهاً لعدمه، والعموم من وجه لصدق قاعدة اليد بدون قاعدة ما لا يضمن كما في غير موارد العقد، وصدق الثانية بدون الأُولى كما في مورد العارية المضمونة بالنسبة إلى المنافع؛ حيث إنّ المنفعة لا تردّ عليها اليد، فافهم.

إلّا أن يقال: إنّ نظره في كون ذلك وجهاً للضّمان ـ مع كون النسبة بينهما عنده أيضاً عموماً من وجه ـ إلى ترجيح قاعدة اليد على قاعدة ما لايضمن في مادّة التعارض، وهو العين المستأجرة، ولعلّ نظره في وجه التّرجيح إلى ضعف قاعدة ما لايضمن في نفسها مع عدم عمل الأصحاب بها في المسألة على ما مرّ حكايته عن الأردبيلي.

لايقال: إنّه معارض بما تقدّم حكايته عن جامع المقاصد.

لأنّا نقول: نعم، ولكن الشّك في العمل بها مع ضعفها في نفسها كافٍ في عدم مقاومتها لقاعدة اليد.

هذا، ولكن الإنصاف بملاحظة قوله بعد ذلك تفريعاً على عدم الضمان: «فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة» أنّ نظره في جعل التعارض وجهاً للضّمان هنا إلى تخصيص القاعدة بقاعدة اليد المتوقّف على أخصيّتها منها، وقد عرفت منعها، فتأمّل.

الأقوى عدم الضمان ٣: ١٩٤

٢٥/١٠٣ **قوله: والأقوى عدم الضمان.**

أقول: قال السيّد الأُستاذ: وذلك لعدم تماميّة شيء من الوجهين:

أمّا الأوّل: فلأنّ الإذن الرّافع للضّمان في الصحيح حاصل ، وكونه مبنيّاً على استحقاق المستأجر لايضرّ: أمّا أوّلاً: فلأنّه لايتمّ في صورة علم الدّافع بالفساد، وأمّا ثانياً: فلأنّه لو كان مضرّاً لزم عدم العمل بالقاعدة عكساً في مورد من الموارد؛ إذ في جميعها الأمر كذلك.

وأمّا الثاني: فلأنّ المعارضة بقاعدة اليد ثابتة في جميع موارد القاعدة، فالإشكال غيرخاصّ بالمقام، والرّافع مشترك أيضاً. انتهى كلامه.

وفيه نظر؛ لمنع كون المدار في رفع الضمان على صرف الإذن في القبض، وإلّا لما كان ضمان في المقبوض بالسّوم لوجود الإذن فيه، بل المدار على عنوان الأمانة مالكيّة أو شرعيّة، ولا أمانة في المقام:

أمّا المالكيّة فلأنّ المعتبر فيها كما مرّ عدم كون الدّاعي إلى الإذن استحقاق القابض، والفرض أنّه مبنيّ على استحقاق المستأجر حتّى في صورة علم الدّافع بالفساد، ودعوى عدم تعقّله يدفعها ملاحظة البدعة والتشريع، والمفروض انتفاء المبنى وهو الاستحقاق؛ لفرض الفساد، فينتفي الإذن، ولايلزم من ذلك طرح القاعدة بالمرّة لتحقّق العنوان المذكور في فاسد الوديعة والوكالة ونحوهما.

وأمّا الشّرعيّة فلفرض الفساد وعدم الإمضاء، وهذا بخلاف الصحيح؛ إذ قد يتحقّق فيه الأمانة الشرعية قهراً وبلا اختيار من المالك بالإمضاء.

وأمّا ما ذكره في وجه عدم تماميّة الوجه الثاني للضمان ـ وهو معارضة قاعدة اليد مع قاعدة ما لايضمن ـ من ثبوت المعارضة بينهما في جميع موارد القاعدة، ففيه: منع لابتناء المعارضة كذلك على كون النسبة التساوي، أو كون قاعدة «مالايضمن» أخصّ من قاعدة اليد، وليس الأمر كذلك، بل النسبة بينهما

عموم من وجه على ما بيّناه في الحاشية السابقة، أو قاعدة اليد أخصّ مطلقاً منها كما هو الظاهر من المصنّف على ما مرّ بيانه.

وعلى كلّ حال لا تجري قاعدة اليد في جميع موارد القاعدة حتى يلزم من العمل بقاعدة اليد طرح القاعدة بالمرّة، فتبيّن أنّ الأقوى هو الضمان؛ لوجود المقتضى وهو اليد وعدم المانع وهو الأمانة، فالقاعدة المذكورة مخصّصة لا لكون قاعدة اليد أخصّ منها حتى يمنع ذلك، بل لأنّ هذه القاعدة ـ كما مرّ غير مرّة ـ ليست إلّا الإخبار عن أنّ كلّما كان الصحيح منطبقاً على ما يمنع عن تأثير اليد وهو عنوان الأمانة ففاسده أيضاً كذلك، ونحن نرى بالوجدان أنّ هذا الإخبار خلاف الواقع فيما نحن فيه وفي العارية الفاسدة؛ لعدم انطباق فاسدهما على عنوان الأمانة كانطباق صحيحهما عليه، فلا مانع من العمل باليد فيهما.

ومن هنا نقول: إنّ هذه القاعدة غالبيّة لا كليّة، نعم بناء على تعبّد بينها يكن الأقوى عدم الضمان؛ لأصالة البراءة كما عرفت وجهه في شرح كلام المحقّق الثاني، وهو أنّ قاعدة ما لا يضمن غير مخصّصة بالعين المستأجرة كما هو قضيّة الوجه الثاني للضّمان الذي ذكره بقوله: «وأمّا لأنّ قاعدة»، ولا متخصّصة كما هو قضيّة الوجه الأوّل الذي ذكره بقوله: «أمّا لخروجها» بل هي عامّة لها موضوعاً؛ لأنّه شامل لما هو مورد العقد كالمنفعة في الفرض وما هو متعلّقه كالعين المستأجرة فيه، وكذلك عامّة لها حكماً لعدم ما يوجب خروج ما نحن فيه عن حكم القاعدة وهو عدم الضمان إلّا قاعدة اليد، وهي لا تصلح لذلك إلّا إذا كانت أخصّ منها، وقد عرفت أنّها أعمّ منها من وجه، فتسقطان بالمعارضة، فيرجع إلى أصالة البراءة.

ومن هذا البيان يعلم أنّ المدرك في عدم الضمان عند المصنّف مثل المحقّق الثاني هو الأصل، وأنّ التفريع في قوله: «فالقاعدة» من قبيل تفريع

بعض أجزاء العلّة على المعلول، بأن يراد العلم بها وانكشافها لو كانت الفاء تفريعيّة لا تعليليّة، لا من قبيل تفريع المعلول على العلّة حتى يسأل عن وجه عدم الضمان، ورفع اليد عن قاعدة اليد في المسألة وتقديم قاعدة ما لا يضمن عليها.

وكيف كان، فعلى ما ذكره‌ مـن شـمول القـاعدة لغـير مـورد العـقد موضوعاً وحكماً ـ كالعين المستأجرة في الإجارة ومنافع المبيع فـي البـيع ـ يكون الحكم بالضمان في المنافع المستوفاة من المبيع بالبيع الفاسد، كما هـو المشهور المنصور عند المصنّف، نقضاً على أصل القاعدة لو كـان الثـمن فـي مقابل عين المثمن فقط، والمنفعة للمشتري مـجّاناً كـما اخـتاره‌؛ ويكـون الحكم بعدمه في غير المستوفاة نقضاً على الأصل لو كان بإزائهما معاً، بخلاف ما لو كان مختصّاً بخصوص مايرد عليه العقد كما يظهر من صاحب الجواهر‌ في باب الإجارة، فإنّه لا نقض على القاعدة بالمنافع حينئذٍ كما لايخفىٰ.

١ ـ الصيد الذي استعاره المحرم ٣: ١٩٤ ـ ١٩٥

١٠٣/٢٥ ـ ٢٦ **قوله: منها الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ.**

أقول: لاريب في أنّ المحرم لايملك الصّيد بل يزول ملكه عنه لو ملكه قبل الإحرام على تأمّل فيه، فإذا استعاره المحلّ من المحرم يملكه بالاستعارة والأخذ إن قصد التملّك، وإلّا فهو من المباحات في يده ويلزم على المعير الفداء والكفّارة، وإن استعار المحرم من المحرم وجب عليه إرساله ويحرم إمساكـه؛ لأنّ حرمة الصّيد بمعنى الاصطياد أعمّ من الإحداث والإبقاء الذي منه الإعارة والاستعارة فتأمّل، وتفسد الاستعارة ولا ضمان للمعير على المستعير أصـلاً؛ لأنّ نسبته إليهما بالقياس إلى عدم الملكيّة وحرمة التصرّف الانتفاع به على حدّ سواء، ولزم على كلّ منهما كفّارة على حِدة.

وإن استعاره المحرم من المحلّ كما هو فرض المتن فلا إشكال عـندهم على الظاهر في حرمة الاستعارة؛ لصدق الاصطياد عليها كما مرّ على تأمّل فيه،

وهل يصحّ العارية أم لا؟

الظاهر: لا، لا لأنّ النهي عن المعاملة التي منها العارية في الفرض يوجب الفساد حتّى يمنع، بل لأنّ جواز الانتفاع بالمعار شرعاً المعتبر في صحّة العارية منتفٍ هنا؛ لحرمة الإمساك المتوقّف عليه الانتفاع إمّا لوجوب إرساله شرعاً كما هو صريح التذكرة، وإمّا لوجوب ردّه إلى المالك المحلّ تقديماً لحقّ الآدمي على حقّ الله عند التعارض كما اختاره في الحدائق.

وعلى الفساد كما هو الحقّ عرفت، فإن أرسله ـ ولو لم نقل بوجوبه بل قلنا بحرمته ووجوب الردّ إلى المالك ـ فالضمان حينئذٍ وإن كان ممّا لا إشكال فيه، إلّا أنّه للإتلاف الحاصل بالإرسال، فلا نقض به حينئذٍ على القاعدة التي موردها التلف، لا الإتلاف.

وإن لم يرسله، فإن ردّه إلى المالك ـ ولو لم نقل بجوازه ـ فلا شيء عليه كما صرّح به في التذكرة، فلا نقض أيضاً، وإن أمسكه ولم يتلف في يده ، فإن قلنا بعدم الضمان بمعنى عدم اشتغال ذمّته بالقيمة قبل التلف فلا نقض أيضاً، وإن قلنا باشتغالها بها قبله بحيث لايجوز للمعير مطالبة عين الصيد، بل يطالبه القيمة فيردّ النقض به على القاعدة، وكذا لو تلف عنده وقلنا بالضّمان بعد التلف ومعلّقاً عليه كما هو الأقوى؛ لما مرّ في ضمان العين المستأجرة.

فعلم أنّ النقض به على القاعدة إنّما هو على هذين الأخيرين، ومراد المصنّف ﷺ ـ بقرينة دفعه ـ النقض بإرجاعه إلى الضمان بالإتلاف التنزيلي على ما نبيّنه فيما بعد هو إرادة النقض بالأوّل منهما كما هو واضح؛ لأنّه على فرض صحّته في نفسه لايجري في الثاني، فهو أولى بالنقض به من الأوّل.

ولايخفى أنّ غاية ذلك لزوم التخصيص على القاعدة وليس هو بأمر جديد بعد مساعدة الدليل كما هو الحقّ؛ لما أشرنا إليه، فتدبّر.

قوله: بناء على فساد العارية. ٢٦/١٠٣

أقول: وهو الأقوى لانتفاء شرط الصحّة، أعني: جواز الانتفاع بالعارية؛ لما تقدّم في الحاشية السّابقة، كما أنّ حكمهم بالضمان هو الأقوى لقاعدة اليد مع عدم تحقّق عنوان الأمانة المانعة عن تأثيرها لما مرّ مراراً، فيخصّص به القاعدة مثل سائر القواعد.

٢٧/١٠٣ **قوله: إلّا أن يقال: إنّ وجه ضمانه.**

أقول: حاصل التوجيه أنّ مورد النقض خارج عن مورد القاعدة؛ لأنّ موردها صورة التلف لا الإتلاف، وإلّا لما كان معنى للتفصيل بين العقود الفاسدة بإثبات الضمان في بعضها، كما هو قضيّة الأصل، ونفيه في الآخر كما هو قضيّة العكس؛ إذ لا فرق في سببيّة الإتلاف للضمان بين أفراد العقود الفاسدة.

ومورد النقض صورة الإتلاف، غاية الأمر بطور التنزيل بلحاظ وجوب الإرسال المقتضي له، أي تنزيل استعارته التي هو سبب وجوب الإرسال المقتضي له منزلة نفس الإرسال والإتلاف، فتأمّل فإنّه مشكل بل ممنوع؛ وذلك ضرورة عدم شمول الإتلاف بحسب الوضع في قاعدة الإتلاف لذلك، وعدم دليل على كون سبب وجوب الإتلاف وهو الاستعارة منزّلاً منزلته حتّى يكون حاكماً على القاعدة، موجباً لتوسعة الإتلاف المأخوذ في موضوعها وتعميمه لما يعمّ ذلك، ولو سلّم فهو يتمّ بناءً على وجوب إرساله على المحرم كما صرّح به بقوله: «بعد البناء».

وأمّا بناء على وجوب ردّه إلى مالكه كما اختاره في الحدائق، فلا كما هو واضح.

٣١/١٠٣ **قوله: على ما صرّح به في المبسوط.**

حمل المبيع فاسداً ٣: ١٩٥-١٩٦

أقول: يعني بناء على ضمان حمل المبيع بالبيع الفاسد الذي صرّح به في المبسوط.

٣٢/١٠٣ **قوله: وعن الدروس توجيه كلام العلّامة.**

أقول: يعني كلامه في التذكرة، الحاكم فيه بضمان الحمل في البيع الفاسد، لا كلامه في القواعد الحاكم فيه بالعدم.

قوله: وحينئذٍ لا نقض على القاعدة. ٣٢/١٠٣

أقول: لأنّه إذا كان الحكم مختصّاً بصورة الاشتراط يخرج بيع الحامل بالقياس إلى الحمل عن القاعدة عكساً كما يخرج عنها أصلاً؛ لأنّ موضوعها ما كان اقتضاء الصحيح للضمان أو عدمه ناشئاً من نفس ذاته، ومن المعلوم أنّ ماهو كذلك في المسألة فهو داخل في العكس، وحكمه عدم الضمان في الصحيح والفاسد، فأين النقض؟

٤ ـ الشركة الفاسدة ٣: ١٩٦

قوله: بناء على أنّه لايجوز التصرّف بها. ٣٣/١٠٣

أقول: الوجه في هذا انتفاء الإذن في التصرّف مع فساد الشركة، كما أنّه الوجه في مقابله بقاء الإذن فيه معه. ومنشأ الوجهين أنّ تقييد الإذن بخصوص الشركة هل هو بنحو وحدة المطلوب؟ فالأوّل، أو تعدّده؟ فالثاني، فلا نقض عليه.

مبنى عدم الضمان في عكس القاعدة هي الأولوية ٣: ١٩٦ـ١٩٧

قوله: ووجه الأولويّة. ١/١٠٤

أقول: قد يقال في شرح العبارة: إنّ مقابل الأولى الذي هو الفاسد ممّا لايضمن بصحيحه عبارة عن الفاسد ممّا يضمن بصحيحه، فيكون حاصل ما ذكره: إمكان دعوى كون صحّة ما أقدما عليه من الضمان الخاصّ شرعاً هو السبب للضّمان في العقد الصحيح فيما إذا كان ممّا يضمن به، كعقد البيع والإجارة، فينتفي الضمان حينئذٍ في فاسده بعينه مع اشتراكه مع هذا الصحيح في تمام الجهات عدا جهة الصحة والفساد؛ لانتفاء سبب الضمان فيه وهو الصحة لفرض عدم الإمضاء الشرعي لما أقدما عليه وعدم الإقدام على غيره. فإذا كان الفاسد ممّا يضمن بصحيحه غير مضمون به، فالفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه ـ مع التفاوت بين هذا الفاسد وبين الصحيح الذي كان صحّته سبباً

للضمان، وهو الصحيح من العقد المعاوضي في غير جهة الصحة والفساد أيضاً مثل الرّهن ـ لايكون مضموناً به بطريق أولى.

وهذا التوجيه وإن كان يساعد عليه ظاهر قوله: «إذا كان مفيداً للضمان» وقوله: «من أنّه أقدم على ضمان خاصّ والشارع لم يمضه» كما لعلّه غير خفيّ على العارف، إلّا أنّه لايساعد عليه كلام الشيخ ﷺ، فإنّه ظاهر أو صريح في كون الطرف المقابل للفاسد ممّا لايضمن هو الصحيح منه، ولكن لايساعد عبارة المصنّف حمل الصحيح على الصحيح ممّا لايضمن الذي هو ظاهر كلام الشيخ رحمه الله ؛ إذ عليه كان حقّ العبارة أن يقول: إنّ الصحيح منه يمكن أن يقال بكونه مفيداً للضمان؛ لإمكان أن يقال: إنّ الضمان من آثار صحّة العقد، وهذا بخلاف الفاسد منه، فإنّه لايمكن فيه القول بإفادته للضمان؛ لعدم إمكان القول بكونه من آثار فساد العقد؛ لأنّه خلاف فرض فساده وعدم تأثيره في شيء.

فيرد عليه حينئذٍ: أنّ الضمان في صحيح ما لا يضمن لايمكن أن يكون من آثار صحّته؛ لأنّها لاتقتضي إلّا ترتّب الأثر المقصود، وضمان العين المرهونة ليس مقصوداً من الرّهن، فالعبارة غير صافية عن الإشكال، فلابدّ من مزيد التأمّل في فهم المراد منها.

٢/١٠٤ قوله: لكن يخدشها.

المناقشة في الأولوية ٣:١٩٧

أقول: حاصل الخدشة أنّ مبنى الأولويّة، وهو إمكان كون علّة الضمان في الصحيح المفيد للضمان هو الصحّة، وإمضاء الشارع لما أقدما عليه، معارض بإمكان دعوى أنّ الصحّة في الصحيح الغير المفيد للضمان، كالرّهن والإجارة بالنسبة إلى العين المستأجرة، وإمضاء الشارع لما أقدما عليه من التسليط المجّاني، هو السبب في ارتفاع الضمان وعدم تأثير القبض فيه، فلايجري في الفاسد؛ لعدم إمضاء الشارع للتسليط المجّاني على ماهو معنى الفساد، فلا أولويّة.

هذا كلّه بناء على كون مراد الشيخ‌ﷺ من كلمة «كيف» في قوله: «فكيف يضمن بفاسده» هو الإشارة إلى الأولويّة كما فهمه المصنّف، ولكن يمكن أن يريد منها التعجّب لا الأولويّة.

ومنشأ التعجّب توهّم الفرق بين صحيح ما لا يضمن وفاسده في الضمان في الثاني دون الأوّل، مع اشتراكهما في عدم العلّة للضّمان أو العلّة لعدمه؛ لأنّ علّة الضمان إمّا إقدام المالك عليه أو حكم الشارع به أو المركّب منهما، والكلّ منتفٍ في صحيح مالايضمن، فكذا في فاسده بعد أن كان وجوده كعدمه، والاشتراك في العلّة يستلزم الاتحاد في الحكم، فبعد أن كان صحيح الرّهن مثلاً لايضمن به فكيف يتوهّم أنّ فاسده يضمن به؟ فالفرق بين الصحيح والفاسد في الرّهن بما ذكرناه مورد التعجّب، وعلى هذا لايكون هنا أولويّة حتى يوجّه أوّلاً ويخدش فيها ثانياً، إلّا أنّ الخدشة المذكورة كما ترفع الأولويّة كذلك يرفع التعجّب أيضاً.

ويمكن أن يقال: إنّ مراده الأولويّة، لكن لا على وجه الإطلاق في عكس القاعدة كما فهمه المصنّف‌ﷺ حتّى يخدش فيها بما ذكره المصنف، بل في الرهن بالخصوص.

ووجه الأولويّة فيه أنّ الحنفيّة كلّهم حكموا بالضّمان في الرّهن ولم يخالفهم فيه من العامة إلّا الشافعيّة، ودليلهم في ذلك أخبار نقلوها عن النبيّ ونقلت عن أئمّتنا أيضاً، وحاصل تلك الأخبار: أنّ الرّهن والمرتهن يترادّان الفضل؛ حيث إذا تلف المال المرهون وبيّن الإمام‌عليه‌السلام كيفية ترادّ الفضل حيث قال‌عليه‌السلام: «إذا تلف، فإن كان قيمته مساوية للدّين فليس على الرّاهن، وإن كانت ناقصة فعليه ردّ فضل الدّين على الرّهن، وإن كانت زائدة فعلى المرتهن ردّ فضل الرّهن على الدّين إلى الراهن». ولم يعمل بهذه الأخبار علماؤنا رضوان الله عليهم، وأوّلوها بصورة اشتراط الضمان، فمراد الشيخ‌رحمه‌الله في المبسوط أنّ

الرّهن الصحيح مع وجود القول بالضمان فيه، ومع وجود هذه الأخبار لانقول بالضّمان فيه، ففي فاسده بطريق أولى، وعلى هذا لا إشكال فيما ذكره من الأولويّة، فتدبّر جيّداً.

٣/١٠٤ **قوله: فإن قلت.**

أقول: لا ملاءمة بين هذا وبين العبارة السابقة المتّصلة به كما لايخفى، فلابدّ أن يكون ناظراً إلى ما ذكره في توضيح مبنى تلك القضيّة السّالبة من أنّ الفاسد لايؤثّر في الضمان ولايقتضيه، وحاصل السؤال: أنّ مجرّد ذلك لايوجب عدم الضمان في فاسد ما لا يضمن بصحيحه كما هو قضيّة السالبة، مع أنّ عموم «على اليد» يقتضيه.

٥/١٠٤ **قوله: هو عموم مادلّ على أنّ من لم يضمّنه المالك.**

مدرك عكس القاعدة بنظر المؤلف ٣: ١٩٧-١٩٨

أقول: لم نعثر بهذا الدّليل، بل الظاهر من عبارة الصنّف فيما بعد عدم عثوره عليه أيضاً، وإلّا لما كان وجه للتفصيل بقوله: «إمّا في غير التمليك» وبقوله: «وأمّا في الهبة الفاسدة ـ يعني وأمّا في التمليك بغير عوض كالهبة الفاسدة ـ فيمكن»؛ ضرورة أنّه مع وجود الدليل المذكور أوّلاً لا حاجة إلى فحوى أدلّة الأمانة، بل قوله: «فحاصل أدلّة عدم ضمان» ظاهر، بل صريح في أنّ ما ذكره أوّلاً إنّما هو شيء استنبطه من أدلّة عدم ضمان الأمين.

٧/١٠٤ **قوله: عموم مادلّ على أنّ من استأمنه المالك.**

أقول: تعميمه لصورة دفعه إلى الغير لاستيفاء حقّه وما بعده منافٍ لما سبق منه من توجيه الضمان في العين المستأجرة فاسداً فراجع إليه.

[٢ ـ وجوب الرد]

١١/١٠٤ **قوله: والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرّف فيه.**

وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد ٣: ١٩٩

أقول: لا إشكال في عدم جوازه؛ لانتفاء المجوّز وهو كونه مالكاً أو

مأذوناً منه. أمّا انتفاء الأوّل؛ فلأنّه قضيّة الفساد، وأمّا الثاني؛ فلأنّ الموجود هو الإذن في تصرّف القابض في مال نفسه اعتقاداً، إمّا واقعاً كما في صورة جهل الدّافع بالفساد، أو في اعتبار نفس الدّافع فقط كما في صورة علمه به.

ومن الواضح أنّ هذا النحو من الإذن وجوده كعدمه، لايترتّب عليه أثر أصلاً، بل الإذن فيه ليس من وظيفة الدّافع؛ لأنّه أجنبيّ عن المال في اعتقاده جهلاً أو تشريعاً، فإذنه فيه من إذن الأجنبيّ للمالك في التصرّف في ماله، فيخرج عن أدلّة اعتبار الإذن في جواز التصرّف؛ لأنّ مفادها ورود الإذن على مال الإذن بصيغة الفاعل قبل ورود الإذن عليه، فإمّا أن يخرج منه به عن كونه مالاً له فيما إذا وجد سببه كما في البيع ونحوه أم لا، كما في الإباحة ونحوها، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنّ الإذن الذي في ضمن التمليك هو الإذن الوارد على المال بما هو ملك القابض لا بما هو ملك الدّافع.

ومن هنا ظهر فساد ما صدر عن السيّد الأُستاذ‌ؒ من الفرق بين صورتي العلم والجهل بالجواز في الأوّل وعدمه في الثاني؛ استناداً إلى وجود الإذن الضمني في الأوّل، [و] وجه الفساد أنّ الإذن الضمني الموجود هنا إنّما هو بعنوان أنّ المقبوض مال القابض بمجرّد العقد الفاسد تشريعاً، وقد مرّ أنّ هذا المقدار من الإذن لايجدي، نعم يجوز التصرّف لو علم من حال الدّافع رضاه بالتصرّف فيه مع بقائه في ملكه أيضاً ولم يصرّح به؛ لبنائه على خروجه عن ملكه جهلاً أو تشريعاً، بلا فرق بين الصّورتين.

وبالجملة: عدم جواز التصرّف بمجرّد الاستناد إلى العقد الفاسد ـ مع قطع النظر عن حصول أمر آخر ـ يجوز معه التصرّف، كالمعاطاة والإباحة والهبة ونحوها ممّا لا إشكال فيه، وإنّما الإشكال في ابتناء وجوب الردّ عليه؛ لأنّه يتمّ بناء على اقتضاء النهي عن الشيء الأمر بضدّه، وهو ممنوع، ولو سلّم فإنّما يثمر لو كان الضدّ منحصراً بالردّ، وليس كذلك؛ لإمكان خلوّه عنهما بأن خلّي بين المال وصاحبه، وحينئذٍ يكون الردّ أحد فردي الواجب التخييري

لا واجباً معيّناً.

نعم لو كان المراد من الردّ التخلية فلا إشكال في وجوبه؛ لأنّ عدمه ظلم فيجب تركه، إلّا أنّه ممنوع ، فالأولى ابتناؤه على كون عدمه ظلماً وإضراراً من القابض على الدّافع، ولازمه التفصيل بين كون بعد المال عن صاحبه مستنداً إلى القابض مع علمه بالفساد وجهل الدّافع، وبين مقابله بكون الردّ ـ وكذا مؤونته مطلقاً ـ عليه في الأوّل، وإلّا يلزم الضرر على الدّافع، وهو منفيّ.

ولا يعارضه تضرّر القابض لإقدامه عليه بنفسه وبعدمهما عليه في الثاني، أمّا في صورة جهل القابض بالفساد وعلم الدافع به فلأدلّة نفي الضرر الشامل له دون الدّافع لإقدامه عليه عن علم، وأمّا في صورة [جهل الدافع] فلأصالة البراءة ابتداءً؛ لعدم شمول حديث نفي الضرر لها، وأمّا في صورة جهلهما معاً فلأصالة البراءة أيضاً ولكنّه بعد تعارض الضررين، وأمّا في صورة عدم استناد البعد إليه فالأمر واضح.

الاستدلال على وجوب الردّ وحرمة الإمساك ٣: ١٩٩ ـ ٢٠٠

١٢/١٠٤ **قوله: ويدلّ عليه أنّ الإمساك.**

أقول: يمكن أن يقال: إنّ المستفاد من الطّيب وحرمة التصرّف في مال الغير بدون إذنه ليس إلّا حرمة التظلّم؛ ولذا لاريب في جواز النظر إلى مال الغير والاستظلال به، وتوهّم أنّ مثل ذلك إنّما خرج بدليل خارجيّ باطل؛ لعدم دليل يتكفّل به، وحينئذٍ فالمدار في الحرمة على كون الفعل المتعلّق بمال الغير ظلماً وإلّا فلا حرمة فيه وإن عدّ تصرّفاً، فضلاً عن كونه فعلاً لا يصدق عليه التصرّف، وإلّا يلزم حرمة الردّ أيضاً؛ إذ لاريب في أنّه تصرّف، وهو كما ترى.

وكون الإمساك كذلك ـ أي معدوداً من الظلم ـ موقوف على أن يكون الغرض منه الامتناع عن الدّفع، وأمّا لو كان الغرض منه حفظه عن الضياع والتلف إلى زمان الإيصال فهو إحسان محض، فالمتعيّن في مثل الإمساك أن يفصل بين الصورتين.

قوله: حيث يدلّ على تحريم. ١٤/١٠٤

أقول: لاينبغي الإشكال في عدم دلالته على هذا المقدار من العموم؛ ولذا لاشبهة في عدم حرمة النظر إلى مال الغير، والقدر المسلّم استفادته منه هو عمومه لكلّ فعل يعدّ تصرّفاً، فلايعمّ كونه بيده.

هذا فيما إذا أُريد من الإمساك ذلك، وأمّا لو أُريد منه منع المالك عن ماله وحبسه عنه فلاريب في حرمته عليه واقعاً، فإن علم بالفساد يتنجّز وإلّا فلا، ولكن حرمته لاتدلّ على وجوب ردّه إلّا على مسألة الضدّ، ولانقول بها وإن قلنا بمقدّميّة أحد الضّدين لتُرك الآخر، نعم لابأس بوجوبه الإرشادي.

الظاهر من المبسوط والسرائر عدم الإثم في الإمساك ٣: ٢٠٠

قوله: والذي يظهر من المبسوط. ١٧/١٠٤

أقول: وصرّح بذلك في ثاني مباحث البيع الفاسد من التحرير.

قوله: وكذا السّرائر ناسباً له.

أقول: وعبارته التي يأتي نقلها: أنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه ـ انتهى؛ ويمكن منع دلالتها على نسبة ارتفاع الإثم في إمساكه إلى الأصحاب، وكونه متّفقاً عليه عندهم؛ لاحتمال رجوع الاتّفاق إلى المستثنىٰ منه ـ خاصّة بأن يراد أنّ كون البيع الفاسد بمنزلة المغصوب متّفق عليه من جميع الجهات إلّا جهة الإثم في إمساكه، فإنّه مختلف فيه، فتدبّر.

قوله: إرادة صورة الجهل.

أقول: يعني جهل القابض.

[٣ ـ ضمان المنافع]

ضمان المنافع المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد والدليل عليه ٣: ٢٠١

قوله: الثالث: أنّه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري قبل الردّ كان عليه عوضها على المشهور. ١٧/١٠٤ ـ ١٨

أقول: لا إشكال في أصل الحكم. وعمدة الدّليل عليه: حديث «على

اليد»، مع الالتزام بأنّ المراد من الموصول فيه خصوص الأعيان بقرينة الأخذ والأداء، وتوهّم عدم دلالته حينئذٍ ـ كما صدر عن المصنّف ـ يندفع ببسط الكلام إجمالاً في معنى الحديث زيادة على ما مرّ في السابق.

فنقول: لا ينبغي الرّيب في اختصاص الموصول بالعين الشخصيّة الخارجيّة التي لها إضافة إلى غير الأخذ، موجودة في زمان الأخذ وما بعده، غير منقطعة عنه بالأخذ، وتعلّق لها به كذلك بنحو من الأنحاء إمّا بنحو التمام والكمال ومن جميع الجهات، أو بنحو دون ذلك كاختصاصه بالانتفاع بها في زمان خاصّ أو دون ذلك أيضاً، كما في الموقوفات العامّة كالمدرسة والمسجد والخان ونحو ذلك.

أمّا كونه عيناً، فبقرينة الصّلة، وهو الأخذ؛ إذ الظاهر أنّه يعتبر في الحقيقة وجود المأخوذ في الخارج حقيقة. وأمّا ارتباطه بالغير بنحو من الأنحاء المذكورة، فلأجل الإخبار عنه بكونه على اليد؛ إذ كون الشيء على اليد المعبّر عنه بالضمان لابدّ في تحقّقه مضافاً إلى الضّامن والمضمون من المضمون له، ومن المعلوم أنّ كون شخص مضموناً له والآخر ضامناً ـ أي مضموناً عليه ـ موقوف على أن يكون للمضمون به نحو ربط بالمضمون له منتفٍ في الضّامن؛ إذ لو كان له ربط بكلّ منهما على حدّ سواء لكان جعل أحدهما بالخصوص مضموناً له والآخر كذلك ضامناً ترجيحاً بلا مُرجّح، ومن هنا لا يصحّ نسبة الضمان إلى الإنسان بالنسبة إلى ما لا إضافة له إلى أحد كالمباحات، أو له إضافة إلى نفسه.

أمّا المضمون عنه فلا يتوقّف عليه حقيقة مفهوم الضمان، بل هو يتوقّف على تحقّق الضمان، كما هو قضيّة كلمة «عن»، فلابدّ في تحقّقه ممّا يحصل به تجاوز الضمان عنه إلى الآخر وهو العقد في الضمان العقدي، والتفصيل موكول إلى محلّه.

وكيف كان، فالعين المفروض ارتباطه بالغير تارةً يكون مالاً، وأُخرىٰ غيره مثل حبّة حنطة، وأثر الضمان يختلف فيهما؛ إذ لا أثر له في الثاني إلّا وجوب حفظه عن التلف وردّه إلى مالكه مع البقاء، فلو تلف فليس عليه إعطاء بدله حتّى يتيسّر المثل، نعم عليه الاستحلال وإن توقّف على بذل المال مثل حقّ الغيبة، فتأمّل.

وأمّا الأوّل، فيجب عليه فيه ـ مضافاً إلى ما ذكر ـ أداء بدله من المثل والقيمة عند التّلف.

والمهمّ في المقام هذا القسم الأوّل؛ إذ الاستدلال بالحديث عليه يتوقّف على التكلّف في هذا القسم، فنقول: المال كما مرّ في تعريف البيع عبارة عن العين المشتملة على الماليّة، وما ليس كذلك ليس بمال.

والماليّة كما ذكره بعض المحقّقين ـ ونعم ما ذكره ـ إنّما هي باعتبار كون العين منشأ للانتفاع بها بما يعتدّ به نوعاً مع عدم كونها مبذولة تصل إليها الأيدي على حدّ سواء، كالماء عند الشّطوط، أو باعتبار ما فيها من الكمال مع القيد المذكور، كما هو الحال في الذّهب والفضّة والجواهر، فإنّ الياقوت وإن لم ينتفع به ولكن فيه ماليّة باعتبار ما في ذاته الذي لا يميّزه إلّا الأوحدي والتّزيّن به، وإن كان انتفاعاً إلّا أنّه أيضاً باعتبار ما فيه في نفسه.

نعم لا يتعلّق الغرض بتحصيله وبذل المال بإزائه إلّا باعتبار ما يرجع إلى الشخص، أو باعتبار جعل من السلطان كما هو الحال في النقود، فإنّ السّكّة توجب حدوث الماليّة فيها على حسب ما اعتبره السلطان، فالمال بلحاظ منشأ الماليّة على ثلاثة أقسام، والعمدة فيه جهة الانتفاع، فنسبته إلى المال كنسبة الرّوح إلى الحيوان، فكما أنّ الروح ليست بحيوان ولكن قوام حيوانيّة الجسم المخصوص بها، فكذلك جهة الانتفاع ليست بمال لكن ماليّة العين الخارجيّة بها.

وإذ قد تبيّن ذلك فنقول: معنى الحديث فيما إذا كان المأخوذ من قبيل المال كونه على الأخذ بما هو مال ومشتمل على الجهات المنتفع بها. وقضيّة الغاية أداؤه كذلك، ولايحصل ذلك إلّا بإعادة المأخوذ مع ما يتدارك به مافات تحت يده من جهة الانتفاعات في جميع الأزمنة، مثل أن يجعل الفرس مثلاً على نحو لايقبل الرّكوب عليه إلى أن مات أو حبسه كذلك، أو في بعض الأزمنة؛ إذ لو ردّ نفس المأخوذ بدون تدارك الانتفاع فقد ردّه لا بما هو مشتمل على جهة الانتفاع؛ أو بالنسبة إلى مقدار من الزّمان الذي منعه من الوصول إلى ماله ولا على بدلها.

وبالجملة: قضيّة الحديث: جعل المال المأخوذ كأن لم يرد عليه يد الآخذ أصلاً، وكما كان قبل الأخذ وكأنّه لم ينقطع عنه سلطنة المأخوذ عنه في جهة من جهات الانتفاع في زمان من الأزمنة، ومعلوم أنّه لايحصل ذلك إلّا بإعادة سلطنة الانتفاع به في زمان الانتفاع به، وهو غير ممكن، فلابدّ من دفع بدله الذي هو مرتبة من مراتب دفع جهة الانتفاع.

فظهر دلالة الحديث على ضمان المنافع من دون توقّف على صدق المال عليها، وظهر أيضاً عدم الفرق بين المستوفاة وغيرها، وظهر أيضاً صحّة الاستدلال على المطلب بدليل الإتلاف في صورة إتلاف المقبوض؛ إذ الموضوع فيه هو المال صريحاً.

وأمّا الاستدلال بحديث الطّيب، فلايكفي فيه مجرّد البناء على ماليّة المنفعة، بل لابدّ فيه من كون المراد من الحلّ أعمّ من التّكليفي والوضعي؛ إذ لا ملازمة بين الحرمة التكليفيّة والضمان، وعليه لا حاجة إلى البناء على ماليّة المنفعة؛ إذ بدونه يتمّ الاستدلال أيضاً، وتقريبه: أنّ الحلّ وإن أُسند إلى المال، إلّا أنّ المراد منه الأفعال المتعلّقة به؛ إذ لايعقل تعلّق الطّيب بالأعيان بدون لحاظ تعلّق فعل بها، فيكون المعنى أنّه لايحلّ الفعل والتصرّف المضاف إلى مال الغير

تكليفاً ووضعاً، أي لايكون هدراً، لابطيب نفس ذاك الغير بذاك الفعل والتصرّف، بل يعاقب عليه ويكون بدله عليه.

ومن ذلك يظهر صحّة الاستدلال على المطلب بقوله: «وحرمة مال المسلم كحرمة دمه» إن أُريد من الحرمة فيه الحرمة المصطلحة، وأمّا إن أُريد منها ما لعلّه الظاهر، أعني العزّة والشّأن أي الاحترام، فصحّة الاستدلال به أظهر؛ إذ مقتضاه الضمان؛ لوضوح أنّه لو كان دم المسلم وماله مثل الخمر، فلا غرّة فيه ولا شأن له، فمرجعه إلى قاعدة الإتلاف.

فالأقوى في المنافع هو الضمان، أمّا في المستوفاة ؛ فللأدلّة المذكورة كلّها، مضافاً إلى الاستيفاء الذي هو بنفسه مقتضٍ للضّمان، وهو باب واسع مُستقلّ، إلّا أن يقال: إنّه مالم يرجع إلى الإتلاف لا دليل عليه، إلّا أن يدّعى أنّ اقتضاءه للضّمان أمر عرفيّ ارتكازيّ ولم يردع عنه الشارع؛ وأمّا في غيرها، فلما عدا حديث الطيب من الأدلّة المذكورة لاختصاصه بصورة الاستيفاء، فتأمّل.

هذا في منافع مال الغير، وأمّا عمل المسلم الحرّ، فالأقوى فيه التفصيل بين صورة الاستيفاء وغيرها بالضمان في الأُولىٰ دون الثانية؛ لعدم الدّليل عليه في الثانية؛ إذ قد مرّ أنّ موضوع الأدلّة هو المال وهو مختصّ بالأعيان مع قيد كونها للغير، وأعمال الحرّ المُسلم ليست بأموال أوّلاً، وليست بمملوكة للغير ثانياً؛ لأنّ الإنسان لايملك عمل نفسه، فافهم.

هذا بناء على عدم كون المنفعة مالاً كما هو المختار، وأمّا بناء على ماليّتها كما هو المعروف، فيشكل الفرق بين القسمين، بل لابدّ من القول بالضمان مطلقاً؛ لقاعدتي اليد والإتلاف.

وما قيل في وجه عدم الضمان في الثاني: من أنّ الحرّ لاتدخل تحت اليد، فيه مالايخفىٰ؛ لأنّه إن أُريد منها اليد الشرعيّة بمعنى أن يكون متعلّقها مالاً

لذي اليد، ففيه: أنّ ما ذكره مسلّم، إلّا أنّ هذا النحو من اليد منتفٍ في جميع موارد الضمان.

وإن أُريد منها: اليد العُرفيّة، أعني الاستيلاء على الشيء، ففيه: أنّه مقطوع العدم؛ لعدم الفرق بينه وبين العبد من هذه الجهة.

١٩/١٠٤ **قوله: ولذا يجعل ثمناً في البيع.**

أقول: اعتبار المالية في الأوّل لاريب فيه، إلّا أنّ صحّة جعلها ثمناً في البيع ممكن المنع، كما مرّ في أوّل البيع، كما أنّ صحّة جعلها صداقاً لاريب فيه، إلّا أنّ اعتبار الماليّة فيه ممنوع.

قوله: خلافاً للوسيلة.

نفي ابن حمزة الضمان بالنبوي: «الخراج بالضمان» ٣: ٢٠١

أقول: قال في الوسيلة ـ في ذيل فصل عقده لبيان البيع الفاسد ـ ماهذا لفظه: فإذا باع أحد بيعاً فاسداً وانتفع به المبتاع ولم يعلما بفساده، ثمّ عرفا واستردّ البائع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الأُمّ عنده وولدت؛ لأنّه لو تلف لكان من ماله والخراج بالضمان، فإن غصب إنسان أو سرق مال غيره أو أمة غيره أو حيوان غيره وباع من آخر، ثمّ استخرج مالكه من يده شرعاً وكان المبتاع عارفاً بالحال، لم يكن له الرّجوع على البائع، وإن لم يكن عارفاً كان له الرجوع عليه بالثمن وبما غرم للمالك، انتهىٰ.

٢٠/١٠٤ **قوله: كما في النبويّ المرسل.**

أقول: قال في عوالي اللآلي: وروى عنه صلى الله عليه وآله: «أنّه قضى بأنّ الخراج بالضّمان» ثمّ قال: ومعناه أنّ العبد مثلاً يشتريه المشتري فيغتلّه حيناً، ثمّ يظهر على عيب به فيردّه بالعيب، أنّه لايردّ ما صار إليه من غلّته وهو الخراج؛ لأنّه كان ضامناً له ولو مات. انتهىٰ.

وحاصله: أنّ الخراج غلّة العين المبتاعة عبداً كان أو أمَة أو أرضاً أو داراً.

وقوله: «فيغتلّه» أي يحصل منه غلّة أي انتفاع، ولعلّ ما ذكره من المعنى قد استفاده من وروده في مورد شراء العبد المعيب المطّلع على عيبه وردّه بالعيب بعد استعماله مدّة، كما ستطّلع عليه فيما بعد إن شاء الله، مع فهم المثاليّة من العبد لكلّ مبيع.

قوله: وتفسيره: أنّ من ضمن. ٢٠/١٠٤

أقول: في معنى حديث الخراج بالضّمان احتمالات أربعة:

الأوّل: أن يراد من الضمان: مطلق الضمان سواء كان بإقدام واختيار منه، ومن مالك المال على هذا الضمان أم لا، وسواء حصل نفس ما أقدما عليه أم حصل ضمان آخر. ذهب إليه أبو حنيفة فحكم بعدم ضمان منافع المغصوب.

الثاني: أن يراد من الضمان: الضمان الخاصّ المقيّد بقيد أنّه أقدم عليه الضامن بتضمين المالك، سواء أمضاه الشارع كما في البيع الصحيح، أم لا كما في البيع الفاسد.

وهذا المعنى ذهب إليه ابن حمزة، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله: «وتفسيره»، يعني: ومعناه عند ابن حمزة أنّ من أقدم على ضمان شيء وتقبّله لنفسه بتضمين المالك فالخراج والمنافع له مطلقاً، سواء أمضى الشارع هذا الضمان أم لا، ومعلوم أنّ المشتري في المقام أقدم على ضمان البيع بتضمين البائع إيّاه على أن يكون خراجه له مجّاناً، ونتيجة هذه الكبرى والصغرى ولازمهما: أنّ خراجه له مطلقاً حتى على تقدير الفساد، كما أنّ ضمانه عليه كذلك.

الثالث: أن يراد به: الضمان المقيّد بقيدين: أحدهما: الإقدام عليه، والآخر: إمضاء الشارع له.

وإلى هذا المعنى ذهب المشهور، وإليه أشار المصنّف في مقام الإيراد على ابن حمزة بقوله: «وفيه» إلى أن قال: «فالمراد بالضّمان الذي بإزائه

الخراج التزام الشيء على نفسه وتقبله له مع إمضاء الشارع له».

الرّابع: أن يراد بالضمان: ضمان خصوص الأرض المفتوحة عنوة، فيكون الخبر من أخبار الخراج، والمقاسمة سبق لبيان مقدار الخراج.

وحاصل مضمونه على هذا: أنّ الخراج ـ أي منافع الأرض التي يجب على العامل أداؤها إلى الوالي من حيث المقدار كثرة وقلّة ـ إنّما هو بالضمان، أي بحسب تقبّله وتضمّنه من الوالي، فلا ربط له حينئذٍ بهذه المسألة التي نحن فيها.

ولا يخفى أنّ الظاهر هو الأوّل؛ لظهور اللام في الجنس أو الاستغراق، ولا دليل على رفع اليد عنه والتصرّف فيه بأحد الوجوه الثلاثة الأخيرة، إلّا الأوّل منها؛ للإجماع على ضمان المنافع في المغصوب؛ ولصحيحة أبي ولّاد الآتية حيث قال عليه السلام فيها ـ في ردّ فتوى أبي حنيفة بعدم ضمانها ـ فيه: «ومثل هذه الفتاوى ممّا يحبس السماء ماءها والأرض نباتها».

إن قلت: يمكن أن يكون نظر المشهور في تقييد الضمان في الخبر بقيدي «الإقدام» و«الإمضاء» إلى وروده في ذيل حديث تعليلاً للحكم المستفاد منه، روى الشافعي في مختلف الحديث وابن ماجه في صحيحه وأبو داود في سننه جميعاً من طريق مسلم بن خالد مسنداً عن عائشة: «أنّ رجلاً ابتاع عبداً فاستعمله، ثمّ ظهر منه على عيب فقضى رسول الله صلى الله عليه وآله بردّه بالعيب، فقال المقضيّ عليه: قد استعمله. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان»؛ حيث إنّه قد سبق فيه ما يصلح كون اللام للعهد إليه، وهو الضمان بالبيع الصحيح، ومعه لا يبقى للام ظهور في الجنس لقوّة احتمال العهد، فيؤخذ بالقدر المتيقّن، وهو الضمان الجامع للقيدين.

قلت: الظاهر أنّه صلى الله عليه وآله ذكره كبرى كلّية منطبقة على المورد، ولا يكون كذلك إلّا برفع اليد عن العهد وإرادة الجنس أو الاستغراق، ومعه يعمّ جميع أفراد

الضمان ولو لم يكن هناك إقدام أو إمضاء، وتعميمه الضمان لخصوص ما كان مثل المورد في كونه مورد إقدام على الضمان وإمضاء الشارع، وإن كان يكفي في كلّية الكبرى، إلّا أنّه ممّا لا وجه له أصلاً كما لا يخفىٰ، فتحصّل أنّ إيراد المصنف غير وارد على صاحب الوسيلة.

المناقشة في الاستدلال ٣: ٢٠٢

قوله: وفيه: أنّ هذا الضمان. ٢٣/١٠٤

أقول: أي في استدلال الوسيلة أنّ الضمان بالمثل والقيمة ليس... إلى آخره.

المراد بـ«الضمان» في النبوي ٣: ٢٠٢ ـ ٢٠٣

قوله: وربّما ينتقض ما ذكرنا. ٢٥/١٠٤

أقول: يعني به ما ذكره في ذيل ردّ ابن أبي حمزة بقوله: «فالمراد بالضمان» الذي هو المعنى الثالث من المعاني الأربعة المحتملة في الرواية، وكذلك ينتقض به المعنى الأوّل والثاني أيضاً كما لا يخفىٰ.

قوله: مع أنّ خراجها ليس له لعدم تملّكه للمنفعة، وإنّما تملّك الانتفاع ... فتأمّل. ٢٥/١٠٤ ـ ٢٦

أقول: المعروف في العارية أنّها إباحة الانتفاع بمنافع ملك الغير مجّاناً مع بقاء المنفعة في ملك الغير، نظير إباحة أعيان الطعام للضيف، قال في التذكرة: ليس للمستعير أن يعير. وقال في وجهه: إنّه غير مالك للمنفعة؛ ولهذا لا يجوز له أن يؤجر.

والذي يختلج في ذهني ويترجّح في نظري عاجلاً: أنّ العارية في المنافع كالهبة في الأعيان، فهي تمليك منفعة مجّاناً، والهبة تمليك عين كذلك، كما أنّ الإجارة في المنافع مثل البيع في الأعيان تمليك بعوض، ففي محكيّ التذكرة في مقام الاستدلال على مشروعيّة العارية ما لفظه: المحكيّ لا خلاف بين علماء الأمصار في جميع الأعصار في جوازها والترغيب فيها؛ ولأنّه لمّا جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع؛ ولذلك صحّت الوصيّة بالمنافع

والأعيان جميعاً. انتهىٰ.

وهو كما ترى صريح في كون العارية من باب هبة المنافع وعدم جواز إجارة المستعير للعين المعارة، وإعارته إنّما هو لأجل اشتراط المستعير الانتفاع بنفسه ولو بحسب بناء المتعاملين عليه كما هو قضيّة العرف والعادة؛ ولذا لايصرّحون باشتراط ذلك، والشاهد على ماقلناه من تملّك المنفعة في العارية: ما ذكره العلّامة في أوائل إجارة التذكرة بما هذا لفظه: آخر[1]: لو استعار شيئاً لم يجز أن يوجره، ولو استعاره ليوجره جاز كما لو استعاره ليرهنه. انتهى.

[و] وجه الشهادة واضح، وأوضح من ذلك كلام صاحب الرّياض ـ في شرح قول ماتنه: «كل ما يصحّ إعارته يصحّ إجارته» ـ: من الأعيان التي ينتفع بها مع بقائها... إلى أن قال: دون ماليس كذلك مطلقاً ولو في المنحة إجماعاً كما عن التذكرة، وهو الحجّة، مضافاً إلى مخالفة الأصل؛ إذ ليس الإجارة في العرف واللغة عبارة إلّا عمّا كانت العارية فيه حقيقة، لكن مع العوض، ويفترقان بلزومه خاصّة، وثبوت المخالفة في العارية في نحو المنحة ـ بعد قيام الدليل عليه من الإجماع والرواية ـ غير موجب لإلحاق الإجارة بها فيها. انتهى موضع الحاجة.

فإنّ قوله: «إذ ليس» إلى قوله: «وثبوت المخالفة» صريح فيما ذكرناه كما لايخفىٰ، وعليه فلا نقض، ولعلّه على هذا أشار بالأمر بالتّأمّل، ويمكن أن يشير به إلى عدم الفرق بين تملّك المنفعة وتملّك الانتفاع؛ لأنّ المراد من كون الخراج للضامن عدم ضمانه له وعدم خسارته في مقابله، لاكونه ملكاً له، وهو موجود للعارية أيضاً مثل الإجارة.

ويمكن أن يكون إشارة إلى أنّ المراد بالضمان فيما ذكرنا إنّما هو

---

(١) يعني: تذنيب آخر. (المؤلف).

الضمان بالمعاوضة الممضاة عند الشارع، وليس في العارية معاوضة فلا نقض، فتأمّل.

قوله: والحاصل: أنّ دلالة الرواية لاتقصر عن سندها. ٢٦/١٠٤

أقول: أمّا القصور في سندها فلما حكي عن الأُستاذ مولى الشريعة الإصفهاني من أنّا تتبّعنا غاية التتبّع فلم نجدها في كتب الإمامية ـرضي الله عنهم ـوفي صحاحها وغير صحاحها، بل وجدناه في كتب العامّة بطرق متعدّدة في موارد عديدة.

وفيه: أنّه لايضرّ بعد شيوعها بين الأصحاب حتى جعلوها قاعدة، وقالوا: «قاعدة الخراج بالضمان». وروى في عوالي اللآلي مرسلاً عن النبيّ أنّه قضى بأنّ الخراج بالضّمان.

وأمّا القصور في دلالتها، فنعم ولكن لا لكون المراد منها ما ذكره المصنّف من أنّ المراد من «الضّمان» فيها هو الضمان المقيّد بقيدي الإقدام والإمضاء؛ إذ قد مرّ أنّه خلاف الظاهر، بلا قرينة عليه، بل من جهة أنّ دلالتها على المطلب مبنيّة على كون المراد من الخراج: منفعة العين ومن الضمان: ضمان العين، وهو ممنوع لاحتمال أن يكون المراد منه خسارة الشخص الضّامن، يعني خسارة شخص مالاً بإعطاء بدله إنّما هو بسبب ضمانه لهذا المال وكونه عليه، فمعنى الخبر: أنّ الضامن يخسر لا أنّه ينتفع.

وحينئذٍ لا إشكال في الرواية ولايكون مفادها على خلاف القاعدة، ويصحّ التعليل بها على عدم وجوب غرامة المشتري عوض الاستعمال والاستخدام في مورد الرواية، فكأنّه قال: الغرامة لشيء، ومنه منفعة خدمة العبد إنّما تثبت بسبب ضمانه وتنشأ منه، وحيث لا ضمان بالمنفعة لفرض كون العبد ملك المشتري وقت الاستخدام بإزاء الثمن الموجب، لكون الاستخدام وسائر منافعه له بالبيع مجّاناً بلا ضمان فيها أصلاً، فلا غرامة،

وحينئذٍ لا دلالة للرواية على مطلب المستدلّ بوجه من الوجوه، لو لم نقل بدلالتها على خلافها.

وبعدما تفطّنت لما ذكرنا في معنى الخراج عثرت على كلام للفخر الرازي يشهد له، فإنّه حكى في تفسير قوله تعالىٰ: ﴿أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجاً فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾[1] عن أبي عمرو بن علاء أنّ الخرج ما تبرّعت به والخراج ما لزمك أداؤه. انتهىٰ، فتدبّر جيّداً.

استدلالان آخران على الضمان والمناقشة فيهما ٣: ٢٠٣

١٠٤/٢٧ **قوله: وربّما يردّ هذا القول.**

أقول: يعني قول صاحب الوسيلة.

١٠٤/٢٧ ـ ٢٨ **قوله: وفيه: أنّ الكلام في البيع الفاسد.**

أقول: هذا منافٍ لما تقدّم في صدر المسألة من الاستدلال بمثل هذه الرواية على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، ولكن لا بأس به في الانتصار لصاحب الوسيلة ودفع الردّ عنه؛ حيث إن الكلام بينه وبين المشهور إنما هو في المقبوض بالعقد الفاسد من غير جهة الغصب، ويدلّ عليه قوله في ذيل العبارة المتقدّمة عن الوسيلة: «فإن غصب إنسان أو سرق مال غيره» إلى قوله: «وإن لم يكن عارفاً كان له الرّجوع عليه بالثّمن وبما غرم للمالك. انتهىٰ»؛ حيث إنّه يدلّ على غرامته للمالك غير الثّمن، ومن جملته عوض المنافع، ولا وجه له إلّا ضمانها للمالك.

١٠٤/٢٨ ـ ٢٩ **قوله: وأضعف من ذلك ردّه بصحيحة.**

أقول: حيث إنّ موردها الغصب مجرّداً عن عنوان البيع ، فلاربط لها بالمقبوض بالبيع الفاسد الذي هو مورد كلام ابن حمزة في الوسيلة.

١٠٤/٢٩ ـ ٣٠ **قوله: كما يظهر من تلك الصّحيحة.**

أقول: يعني يظهر قول أبي حنيفة بالسقوط.

---

(١) المؤمنون: ٧٢.

قوله: إطلاق القول بأنّ الخراج بالضمان. ٣٠/١٠٤

أقول: يعني إطلاقه على نحو يعمّ المغصوب لا مطلقاً حتّى في المقبوض بالعقد الفاسد، سيّما إذا كان الفساد ناشئاً من غير جهة الغصب في الثمن، والمثمن فلاتذهل.

ما يمكن أن يستدلّ به على الضمان ٣: ٢٠٤

قوله: فالمشهور فيها أيضاً الضّمان. ٣١/١٠٤

أقول: وهو الأقوى لحديث «على اليد» بما مرّ من التقريب لا لما احتمله المصنّف؛ أمّا أوّلاً: فلعدم صدق المال على المنفعة كما مرّ غير مرّة، وأمّا ثانياً: فلعدم قابليّة المنفعة للقبض؛ إذ لا معنى لقبضها إلّا استيفاءها والمفروض في المقام عدمه، فإسناده إليها في الفرض تناقض، ولو كان قبض المنفعة عبارة عن قبض العين لخرج الموجر بقبض المستأجر للعين عن عهدة المنفعة واستقرّ استحقاقه للأُجرة، ولو تلفت أو خرجت عن قابليّة الانتفاع مدّة الإجارة.

ومن ذلك يظهر الإشكال فيما استشهد به للمقام بقوله: «ولذا يجري إلى آخره» فإن قلت: لو كان قبض المنفعة استيفاءها بحيث لا قبض بدونه فما المخرج للموجر عن عهدة المنفعة وضمانه لها، مع أنّ المنفعة قبله في ضمان الموجر كالمبيع قبل القبض في البيع، قلت: المخرج له إتلاف المستأجر المنفعة بحبسه للعين مع عدم استيفاء منفعتها والإتلاف كما صرّح به مراداً بمنزلة القبض، فتدبّر.

المناقشة في الاستدلال ٣: ٢٠٤

قوله: ولا إشكال في عدم شمول الموصول. ٣٤/١٠٤

أقول: يعني بلحاظ صلته وهو الأخذ لعدم كون المنفعة قابلة للأخذ.

قوله: وحصولها في اليد بقبض العين لايوجب. ٣٥/١٠٤

أقول: يعني وحصول المنافع تحت السّلطنة والتصرّف لايوجب صدق أخذ المنافع عليه، إلّا أن يراد من الأخذ مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، وهو مشكل؛ لأنّه خلاف الظاهر من مادّة الأخذ بلا قرينة عليه.

وفيه: أنّ لازم ذلك هو الإشكال في شمول الحديث للأعيان التي لاتقبل الأخذ باليد والأعيان القابلة له، ولكن استولى عليها بدون الأخذ باليد، كما في الرّكوب على الدّابّة والقعود على البساط ولبس اللباس والخفّ وهكذا، وهو كما ترى ممّا لايقولون به، فالمراد من «الأخذ» هو الاستيلاء، على إشكال في ذلك.

وللمحقّق القمي كلام في مفهوم مادّة «الأخذ» لا بأس بنقله. قال ﵀ ـ في أجوبة مسائله في كتاب الطلاق، في أواخر رسالة صنّفها في صحّة الطّلاق بعوضٍ بلاكراهة من الزوجة، في ردّ من استدلّ بالآية الشريفة على تحريم أخذ العوض عن الطلاق ـ ماهذا عين ألفاظه:

وأمّا الاستدلال بعموم الآية على تحريم أخذ العوض عن الطّلاق إلّا في الخلع، كما صدر عن بعض أفاضل العصر ومن تقدّم عليه، فظنّي أنّه لايتمّ، بيان ذلك: أنّ هنا دقيقة لم يسبقني إليها أحد فيما أعلم، وهي: أنّ أغلب استعمالات كلمة «الأخذ» مبنيّة على التناول الابتدائي الناشئ سبب دواعيه من الآخذ، كالغاصب وأهل السّؤال وأهل الشرع في أخذ حقوق الله، أو على سبيل الغلبة والتسلّط مثل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾[1] ومثل قوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحداهُنَّ قِنطاراً فَلا تأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتاناً وَإِثْماً مُبِيناً * وَكَيفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضى بَعْضُكُمْ إِلىٰ بَعْضٍ﴾[2].

والمأخوذ في المعاملات على وجه التراضي وطيب النفس لايسمّى أخذاً بهذا المعنىٰ؛ ولذلك يقال للأسير: الأخيذ، وكذلك للمرأة، وممّا يناسب هذا

---

(١) التوبة: ١٠٣.

(٢) النساء: ٢٠ ـ ٢١.

الاستعمال: ﴿خُذُوهُ فَغُلُّوْه﴾[١] و ﴿أُخِذوا وَقُتِّلُوا تَقْتيلاً﴾[٢] و«لا تأخذه في اللّه لومة لائم» و ﴿لاتَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَلا نَوْمٌ﴾[٣]؛ إذ لو لم تعتبر الغلبة في مفهوم الأخذ لكان المناسب تقدّم النّوم على السِّنَة؛ لأنّ الترقي في بيان عموم الغفلة انّما يحصل بذلك.

وقوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» أيضاً سرّ غريب؛ إذ فيه إشارة إلى أنّ المراد ما أخذته ممّا لايستحقّه نفس الأمر، وإن لم تكن عادية في ظاهر الحال في ضمن المعاملة الصحيحة ظاهراً.

ولو كان المراد من الأخذ في الآية التي نحن فيها مطلق التناول والتعاطي لما جاز أخذ المهر من الزوجة لو وهبته أو أباحته لزوجها، وقد قال الله: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنيئاً مَريئاً﴾[٤].

ولاريب أنّ كلامنا فيما لو طلّقها بعوض المهر بطيب أنفسهما بدون كراهة من المرأة لزوجها، بل لغرض آخر أشرنا إليه سابقاً سيّما لو كان العوض من مال الوليّ... إلى أن قال: والحاصل أنّ الظاهر من الآية هو الأخذ الابتدائي من دون طيبٍ لنفس الزوجة. انتهى المقدار المهمّ من كلامه زيد في علوّ مقامه.

ويردّه قوله تعالىٰ في سورة القمر: ﴿كَذَّبُوا بِآياتِنا فَأَخَذْناهُمْ أَخْذَ عَزيزٍ مُقْتَدِرٍ﴾[٥]؛ وإذ لو كان معنى الأخذ ما ذكره للزم الالتزام بالتجريد عن معنى الغلبة والقهر في الآية كما هو ظاهر.

وهو كما ترى؛ إذ الظاهر عدم لحاظ العناية في استعماله في الآية، فلابدّ من كون الخصوصيّة التي ذكرها مستفادة من الخارج من القرينة الحاليّة أو

---

(١) الحاقة: ٣٠.

(٢) الأحزاب: ٦١.

(٣) البقرة: ٢٥٥.

(٤) النساء: ٤.

(٥) القمر: ٤٢.

المقاميّة لا من حاقّ اللفظ.

١/١٠٥ **قوله: وإنّما يتحقّق ذلك في الاستيفاء.**

أقول: الإتلاف أعمّ من الاستيفاء فيتحقّق بدونه أيضاً؛ ولذا قلنا بتماميّة الاستدلال بحديث احترام مال المسلم وحديث الإتلاف.

٢/١٠٥ **قوله: مضافاً إلى أنّه قد يدّعى.**

القول بعدم الضمان موافق للأصل ٣: ٢٠٥

أقول: قد تقدّم أنّ منافع المبيع بالبيع الفاسد داخل في أصل القاعدة لا في عكسها؛ لأنّ المنافع مضمونة بضمان العين؛ إذ بذل الثمن بإزاء المبيع إنّما هو بلحاظ منافعه، وهو غير المجّانية، وعدم تقسيط الثمن على المنفعة لايلازم المجّانية، ألا ترى أنّ الشرط في البيع ـ كصياغة الخاتم مثلاً ـ لا يقسّط عليه الثمن مع أنّه ليس بمجّاني للمشروط له؟

ولو أغمضنا عمّا ذكرناه لقلنا: إنّ منافع المقبوض بالبيع الفاسد خارج عن مورد القاعدة أصلاً وعكساً؛ لأنّ موردها ما ورد عليه العقد، ومعلوم أنّ المنافع في عقد البيع ليس ممّا ورد عليه عقد البيع، فلايصحّ الاستدلال بالقاعدة.

٣/١٠٥ **قوله: لأنّها بالنّسبة إلى التّلف لا الإتلاف.**

أقول: لا أرى وجهاً لذلك.

٣/١٠٥ـ٤ **قوله ﷺ: مضافاً إلى الأخبار الواردة.**

أقول: فيه أوّلاً: أنّها ليست في مقام البيان بالنسبة إلى ضمان المنافع، والتعرّض لحكم الولد إنّما هو من جهة دفع توهّم كونه رقّاً لمالك الجارية، ألا ترى أنّه لم يتعرّض لحكم المنافع المستوفاة المضمونة بلا إشكال من الاستخدام ونحوه ممّا لاتخلو عنه الجارية في تلك المدّة المديدة؟

١٤/١٠٥ **قوله: وعلى هذا، فالقول بالضمان لايخلو عن قوّة.**

القول بالضمان لا يخلو من قوة ٣: ٢٠٨

أقول: يعني بالمشار إليه: الإجماع الذي نقله في التذكرة والسّرائر، وفي

الاستناد إليه بعد كون المسألة ذات أقوال خمسة منع واضح.

قوله: وإن كان المتراءى.

أقول: ليس الوجه في ذلك عدم تعرّضه إلّا للمستوفى من منافع البغل مع كونه في مقام بيان ضمان المنافع؛ إذ فيه: أنّ منافع البغل على نحو التّبادل لا على نحو الاجتماع، بمعنى عدم قابليّة استيفاء تمام منافعه في زمان واحد، وهذا النحو من المنافع لا يضمن جميعها، بل يضمن الأعلى من بينها حتّى مع الاستيفاء أيضاً ولو كان المستوفى أدناها. والظاهر أنّ أعلى منافع البغل هو الركوب؛ ولأجل هذا الوجه خصّ الضمان به لا لأجل ورود الاستيفاء عليه.

وبالجملة: ليس الوجه فيه ما ذكر، بل الوجه فيه أنّه مع فرض حبس البغل خمسة عشر يوماً قد حكم عليه بخصوص أُجرة مثل البغل من الكوفة إلى بغداد ذهاباً وإياباً، والحال أنّ طيّ هذا المقدار من المسافة يتحقّق بأقلّ من خمسة عشر يوماً، فيتراءى من ذلك أنّ اللازم عليه أُجرة المنفعة المستوفاة خاصّة، وإلّا لحكم بأُجرة تمام الخمسة عشر يوماً التي استوفى المنفعة من البغل في بعضها، كالعشرة أيّام دون بعض مثل الخمسة الزائدة عليها التي حبسه فيها بلا استعماله.

ثمّ إنّ المتراءى من التعبير بـ«المتراءى» أنّه غير جازم بذلك، ولعلّ الوجه فيه احتمال أنّ سيره إنّما كان على خلاف الطريق المتعارف فعلاً من الكوفة إلى بغداد التي تطوى في ضمن عشرة أيّام ذهاباً وإياباً، فإنّه قد ركب من الكوفة إلى النيل[1] الواقع في الواسط ويسمّى فعلاً بالحيّ، ومن النّيل إلى بغداد

---

(١) حكى ابن خلكان في ترجمة ابن أبي الحجّاج الشاعر أنّه في الأصل اسم نهر حفره الحجّاج بن يوسف، وسمّاه بنيل مصر. انتهى.

ومن أهل هذا البلد أبو سعيد النّيلي الشاعر وهو من الإمامية. وروى أنّه لمّا أنشأ يوسف الواسطي ←

والسّير بهذا الطريق يحتاج ـ على ما ينقل ـ إلى أزيد ممّا يحتاج إليه السير بالطريق المتعارف، فيحتمل أن يكون مدّة سيره من هذا الطريق ذهاباً وإياباً خمسة عشر يوماً، فلايبقى لها حينئذٍ دلالة على اختصاص الضمان بالمنفعة المستوفاة إلّا بعدم التعرّض لغيرها من منافع البغل الذي قد عرفت منع دلالته عليه، فلا مانع من الأخذ بمقتضى الأدلّة الدّالة على الضمان مُطلقاً، فتدبّر جيّداً.

١٥/١٠٥ **قوله: لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب.**

أقول: يعني فكيف يؤخذ بمدلولها ـ وهو اختصاص الضمان بالمنفعة المستوفاة في غير موردها، وهو المقبوض بالعقد الفاسد ـ والرواية لايتعدّى عن موردها إلى غيره إلّا إذا كانت معمولة بها في موردها؟

[٤ ـ ضمان المثلي بالمثل]

ضمان المثلي بالمثل ٣: ٢٠٩

١٦/١٠٥ **قوله ﷺ: الرابع: إذا تلف المبيع، فإن كان مثليّاً وجب مثله.**

أقول: لاريب في أنّ لفظ المثليّ ـ وكذا القيميّ ـ ليس لفظاً شرعياً أو لغويّاً وقع النزاع في معناه الشرعي أو اللغوي، بمعنى أنّه ليس عنواناً مستقلّاً

← المعاند ـ عليه اللعنة ـ في ردّ تخلّف أمير المؤمنين عليه السلام عن بيعة أبي بكر هذين البيتين:

إذا اجتمع الناس في واحدٍ — وخالفهم في الرّضا واحد
فقد دلّ إجماعهم كلّهم — على أنّه عقله فاسد

أجابه أبو سعيد المذكور بأبيات فقال:

ألا قل لمن قال في كفره — وربّي على كفره شاهد
إذا اجتمع الناس في واحد — وخالفهم في الرّضا واحد
فقد دلّ إجماعهم كلّهم — على أنّه عقله فاسد
كذبت وقولك غير الصحيح — وزعمك ينقده الناقد
فقد اجتمعت قوم موسى جميعاً — على الرّجس ما عجل ما مارد
وراموا عكوفاً على عجلهم — وهارون منفرد فارد
فكان الكثير هم المخطئون — وكان المُصيب هو الواحد

انتهى. ولعمري أنّه قد أجاد بما لا نهاية له منه. عفي عنه وعن والديه وعن أساتيذه.

متأصّلاً ورد في آية أو رواية حتّى يتكلّم في بيان المراد منه، بل هو عنوان منتزع من حكم العرف الممضى شرعاً بواسطة إحالة كيفيّة الضمان إليهم بوجوب أداء المثل في بعض المضمونات؛لعدم تحقّق الأداء المتوقّف عليه ارتفاع الضمان بمقتضى الحديث في نظرهم إلّا به.

كما أنّ القيميّ قد انتزع من الحكم بوجوب أداء القيمة في البعض الآخر؛ نظير الرّكن بالنسبة إلى الصّلاة ، فإنّه ليس بلفظ شرعيّ ورد في لسان دليل، وإنّما هو عنوان انتزعه الفقهاء من حكم الشارع في بعض الأجزاء والشرائط ببطلان الصّلاة بنقصانها عمداً وسهواً.

فالمراد من المثليّ: مايجب فيه المثل، أي ما لا يكون أداؤه من حيث هو حين التلف إلّا بردّ المثل، وكذا القيميّ.

كما أنّ المراد من الرّكن مايبطل الصّلاة بتركه عمداً أو سهواً.

فالمثليّة والقيميّة مثل الرّكنية متأخّرة عن الحكم بوجوب المثل أو القيمة، ناشئة من الحكم المذكور، فلايعقل جعلهما موضوعاً له، فلابدّ أن يكون موضوع كلّ من الحكمين جملة من الأموال المضمونة، ولمّا كان كلّ من الموضوعين غير متميّز عن الآخر جعلوا لكلّ منهما ضابطاً يميّزه عن الآخر وعرّفوه بما تراه من التعاريف، فالتعاريف تعريف وتحديد لموضوع حكم العرف فيه بوجوب المثل أو وجوب القيمة، وإلّا فالمثليّ والقيميّ بأنفسهما ليسا بشيء حتّى يعرّف بتعريف، فالشّبهة في موضوع الحكم والغرض إعطاء الضّابط فيه.

فنقول: التحقيق أن يقال: إنّ الضمان بلحاظ بعض آثاره ـ وهو كون البدل على الضامن على تقدير التلف ـ إنّما هو في خصوص الأموال وماليّة الأموال مختلفة؛ إذ قد يكون باعتبار الجامع بحيث لايكون للخصوصيّات المشخّصة دخل في ذلك، وقد يكون باعتبار الخصوصيّات المشخّصة، فالحنطة مثلاً

ماليّتها باعتبار الجامع والجهات الكلّية، ولايلاحظ المشخّصات الفرديّة في مرحلة التقويم أصلاً، بل الميزان في معرفة الأشخاص والجزئيّات منها هو الجهات الكلية من الحنطيّة والصّفرة والحمرة ونحوها من الأُمور الكلّية، ولاينافي ذلك بذل المال بإزاء الشخص كما هو ظاهر، بخلاف الفرس مثلاً فإنّ المناط في ماليّته الجهات الشخصيّة والخصوصيّات الفرديّة.

إن قلت: لايعقل دخل الشخص من حيث هو في شيء؛ حيث إنّه يترتّب على ما يماثله لو اتّفق مايترتّب على ذلك الشيء، وانحصار الكلّي في الفرد لاينافي كون المناط هو الجامع.

قلت: نعم، لكن ندرة الوجود يوجب قصر النظر على الفرد وقطع النظر عن الكلّي، فلا يلاحظ الجامع لو اتفق وجوده في ضمن فرد أو أفراد قليلة، فماليّة المال لو شاع وجود الجامع محدودة بالحدود الكلّية، ومع الندرة بالحدود الشخصيّة؛ ولأجل هذا الاختلاف يختلف كيفيّة الضمان، فكلّ ما كان من الأوّل يضمن فيه بالمثل ويعبّر عنه بالمثلي، وكلّ ما كان من الثاني يضمن فيه بالقيمة ابتداء ويعبّر عنه بالقيميّ، فالمثليّ هو الأعيان الخارجيّة التي يكون مدار ماليّتها الجهات المشتركة بينها.

وإن شئت قلت: إنّ المثلي هو الكلّي الذي يكون المدار في ماليّته أفراده الخارجية على هذا وذلك كالحنطة مثلاً؛ لأنّ ماليّة جميع أفرادها إنّما هي بلحاظ الجهات الكلّية الجنسيّة أو النوعيّة أو الصّنفيّة بمراتبها المتنازلة، بحيث لا دخل في ذلك للخصوصيّات الشّخصيّة الفرديّة أصلاً، والقيميّ بعكس ذلك، هذا هو الضابط المحكم المستحكم.

فحينئذٍ نقول: إنّ الحكم في النّحو الأوّل من الأموال هو الضمان بالمثل المراد منه: مثل التالف بالكلّية، ولا شبهة في عدم تحقّق مماثلة شيء للتالف إلّا بمشاركته له في جميع ما له دخل في ماليّته من الجهات الكليّة، فلايكفي مطلق

ما كان المناط في ماليّته الجهات الكلية من الأفراد، وإن لم ينطبق عليه تمام مناط الماليّة الكائنة في التالف.

وبالجملة: الحكم في الأوّل لزوم إعطاء فرد آخر من كلّي التّالف مماثل له، لا مطلق الفرد حتى يتوهّم كفاية فرد من صنف عن فرد من آخر، كما أنّ الحكم في الثاني ـ أي القيمي ـ لزوم إعطاء قيمة التالف لا مطلق القيمة.

قوله: إلّا مايحكى عن ظاهر الإسكافي. ١٦/١٠٥

أقول: فإنّه قال ـ على ما في شرح الإرشاد للأردبيلي رحمه الله ـ: إنّ تلف المغصوب دفع قيمته أو مثله إن رضى به صاحبه. انتهى.

[و] إطلاق المغصوب في كلامه يعمّ المثلي، فيدُلّ على وجوب دفع القيمة في تلفه إمّا معيّناً لو كان قوله: «إن رضى» راجعاً إلى خصوص المعطوف، أو مخيّراً بينه وبين دفع المثلي لو كان راجعاً إليه وإلى المعطوف عليه، وعلى كلّ تقدير يكون مخالفاً للقول بوجوب دفع المثل معيّناً في المثلي.

نعم لو كان مراده من المغصوب: خصوص القيمي ـ كما احتمله الأردبيلي رحمه الله ـ لما كان مخالفاً له. قال قدس سره بعد نقل العبارة: ولعلّه يريد القيمي فإنّ في ضمانه بالمثل خلافاً. انتهى.

وكيف كان، فعدّه مخالفاً للقول بضمان المثل في المثلي هنا ينافي عدّه مخالفاً للقول بضمان القيمي بالقيمة فيما يأتي في الأمر السابع، وأنّه يضمن بالمثل أيضاً؛ لأنّ الأوّل مبنيّ على أن يكون عبارته كما نقلناها، والثاني مبنيّ على كونها عكس ما نقلناها بكون المثل مكان القيمة والقيمة مكان المثل؛ ضرورة أنّها لو كانت كما نقلناها لدلّت على ضمان المغصوب بالقيمة إمّا مطلقاً أو في خصوص القيمي.

قوله: يتساوى أجزاؤه في القيمة. ١٧/١٠٥

تعريف «المثلي» عند المشهور ٣: ٢٠٩

أقول: يمكن إرجاع هذا التعريف إلى ما ذكرناه في مقام إعطاء الضابطة،

بأن يقال: إنّ «الأجزاء» مع أنّه أُريد منها: الأفراد، كما يقتضيه تفسير المصنّف لها بما يصدق عليه اسم الحقيقة؛ لأنّه ليس إلّا الفرد كما هو واضح ويقتضيه أيضاً كما حكاه عن المورد على هذا التعريف فيما بعد من قوله: «إذ ما من مثليّ إلّا وأجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإن قفيزاً... إلى آخر العبارة» فإنّ مراده من «الأجزاء» هو الأفراد، وهو أيضاً واضح إنّما أُريد منها خصوص الأفراد التي لكلّ منها قيمة، لا مطلق الأفراد ولو لم يكن لكلّ منها قيمة، وذلك بقرينة قوله: «من حيث القيمة»، فإنّه يدلّ على أنّه ذو قيمة.

فإن قلت: فما السّرّ في اختيار التعبير بـ«الأجزاء»؟

قلت: السرّ فيه ـ كما قيل ـ هو الإشارة إلى كون الفرد جزءاً أيضاً. توضيح ذلك: أنّ غالب المثليّات مثل الحبوبات ليس كلّ فرد منها بانفراده مالاً، وإنّما يكون كذلك إذا صار جزءاً لمقدار يتعلّق الغرض به لا بما دونه، بأن اجتمع هو مع جملة من سائر الأفراد حتى يتعلّق به غرض فيصير مالاً، مثلاً الحنطة لايصير كلّ واحد من أفرادها وهي الحبّات مالاً، إلّا بعد ملاحظة اجتماعه مع جملة من الأفراد والحبّات الأُخر الملازم لجزئيّته للأفراد المجتمعة في مرحلة عروض الماليّة عليه وعلى جامعها أعني الحنطية، فكأنّه قال: ماتساوى كلّ فرد يلازم فرديّته من حيث طروّ الماليّة عليه جزئيّته لجملة من الأفراد المجتمعة وانضمامه إليها مع الفرد الآخر كذلك في القيمة.

فالنظر في هذا التعريف إلى الغالب، والعبارة الوافية بحيث يشمل جميع المثليّات أن يقال: ما تساوت أجزاؤه أو أفراده في القيمة، فيعمّ مثل الدّراهم والدّنانير. والمراد من «التساوي في القيمة» هو التساوي من حيث الخصوصيّات الشخصية، بمعنى عدم الاختلاف من تلك الجهة سواء لم يكن اختلاف أصلاً كما في أفراد الصّنف الواحد أو كان، ولكن لم يستند إلى الجهات الشخصية بل إلى الجهات الكلّية كما في أفراد الصّنفين.

وبالجملة: المراد من التساوي عدم الاختلاف في القيمة من قبل الجهات الشخصيّة، وهذا المعنى كما يصحّ إسناده الى الصنف كذلك يصحّ إسناده إلى الجنس وإن كانت له أنواع مختلفة في القيمة، وإلى النّوع وإن كانت له أصناف ذلك؛ إذ يصدق في كلّ واحد منها أنّه شيء لايختلف أفراده الخارجيّة في القيمة اختلافاً استند إلى الجهات الفردية، بل كلّها من هذه الجهة متساوية وإن كانت بالنسبة إلى الجهات الكلّية متفاوتة، بل تساوي أفراد الصنف في تلك الجهة عين تساوي أفراد النوع والجنس من تلك الجهة؛ إذ الفرد له فرد لهما أيضاً.

ومن هنا ظهر أنّ الموصول في هذا التعريف أعمّ من الجنس والنوع والصنف، فلايرد عليه ما ذكره المصنّف بقوله: «ولكنّ الإنصاف أنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم»؛ لابتنائه على أن يراد من الموصول خصوص الأصناف أو خصوص الأنواع، وهو مبنيّ على أن يراد من التساوي هو من حيث الاشتمال على الجهات الكلّية التي لها دخل في القيمة؛ إذ التساوي حينئذٍ يختصّ بأفراد الصنف الواحد، وقد منعنا المبنى وقلنا: إنّ المراد من التساوي عدم الاختلاف في القيمة من قبل الجهات الشخصيّة، فلا مانع حينئذٍ من عموم الموصول للجنس والنوع، بل ليس بينهما وبين الصنف تفكيك في هذا النحو من التساوي.

توضيح التعريف ٣: ٢١٠ ـ ٢١٣

قوله: والمراد بأجزائه مايصدق. ١٧/١٠٥

أقول: فلايرد عليه النقض بكسر الدرهم؛ إذ نصف الدرهم لايصدق عليه الدرهم.

قوله: والمراد بتساويها من حيث القيمة. ١٨/١٠٥

أقول: هذا منافٍ لكون المراد من الأجزاء: مايصدق عليه الحقيقة ؛ إذ مرجعه إلى كون المراد من الجزء هو الفرد، وقضيّة هذا كون المراد منه معناه المتعارف، وبعبارة أُخرىٰ: أنّ مقتضى هذا كون المراد من الموصول ـ في

التعريف ـ هو الشخص، ومقتضى الأوّل كون المراد منه الكلّي، إلّا أن يقال: إنّ المراد من البعض هنا الفرد وما يصدق عليه الحقيقة.

والحاصل: أن يراد منه البعض مع حفظ عنوان الفردية للحقيقة الكلّية.

وكيف كان، فمقتضى ذلك اعتبار التساوي بين نسبة قيمة كلّ بعض إلى قيمة الآخر، وبين نسبة نفس البعض إلى البعض الآخر، وهذا المعنى يصدق في صورتي: نقصان قيمة البعض عمّا كان له حال انضمامه بالبعض الآخر، واجتماعه معه وعدم نقصانه عنه، فحينئذٍ لايصحّ الاستشهاد على هذا المعنى الأعمّ بما ذكره بقوله: «ولذا قيل في توضيحه» يعني قيل في توضيح التساوي المأخوذ في تعريف المثلي: «إنّ المقدار منه» أي من المثلي «إذا كان يستوي قيمة...»؛ إذ قد اعتبر هنا عدم نقصان القيمة للبعض عن الحصّة التي كانت له قبل التّبعيض، إلّا أن يراد الاستشهاد على إرادة خصوص التساوي النسبي لا على كيفيّته، فتأمّل.

١٩/١٠٥ **قوله: ومن هنا رجّح الشهيد الثاني.**

أقول: يعني ممّا قيل في توضيح التساوي المأخوذ في تعريف المثلي.

٢٠/١٠٥ **قوله: قلت: وهذا يوجب.**

أقول: هذا إنّما يوجبه بناء على أن يراد من التساوي مايستفاد من توضيح التعريف، وهو اعتبار عدم النقصان عمّا كان قبل التبعيض، وعليه لايصحّ توجيهه بما ذكره بقوله: «إلّا أن يقال: إنّ الدرهم مثليّ بالنسبة إلى نوعه»؛ إذ قضيّة ما ذكره في التوجيه أن يكون المراد من الموصول في التعريف المذكور للمثلي هو الكلّي، ومن الأجزاء الأفراد، وقضيّة ماقيل في التوضيح كما عرفت: أن يكون المراد منه الشخص ومن الأجزاء معناه المصطلح وهو الأبعاض، فكم فرق بين المعنيين، فكيف يكون أحدهما توجيهاً للآخر؟

وأمّا بناء على ما ذكره المصنّف في بيان المراد من التساوي، فلا؛ إذ قد

عرفت أنّه أعمّ من صورة النقصان وعدمه.

قوله: بالنسبة إلى نوعه. ٢١/١٠٥

أقول: لا بالنسبة إلى جنسه الأعمّ من الصحيح والمكسور.

قوله: وهو الصحيح.

أقول: لأنّه شيء يتساوى أفراده وهي الدّراهم الصحاح في القيمة.

قوله: ومن هنا يظهر.

أقول: أي من قوله: «إلّا أن يقال»، ولكن قد ظهر ممّا ذكرنا عدم التفاوت في المثليّة بين النوع والصّنف والجنس، وأنّ مثليّة الصنف عين مثليّة الطّرفين.

قوله: من أنواع الجنس الواحد. ٢٢/١٠٥

أقول: يعني الجنس الواحد المثلي لا مطلقاً حتّى يشكل هذه الكلّية بالقيميّات.

قوله: فلا يرد ما قيل.

أقول لا مورد لهذه الكلمات بناء على ما ذكرنا في بيان المراد من التساوي، نعم لها مورد بناء على خلاف التحقيق الذي مرّ ذكره.

ثمّ إنّ القائل هو الأردبيلي ﷺ في مجمع البرهان على ما قيل.

قوله: لكن الإنصاف. ٢٦/١٠٥

أقول: لاريب في أنّ فساد المقدّمة يوجب فساد النتيجة؛ إذ قد مرّ أنّ المراد من التّساوي عدم اختلاف الأفراد في القيمة من جهة التشخّصات الفردية، وعليه لايرد إشكال أصلاً، فلا حاجة إلى ما ذكره من التّوجيه، أعني: إهمال خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها؛ لعدم التنافي بين عدم الإهمال وبين التساوي بالمعنى الذي ذكرناه.

قوله: إلّا أنّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدّاً. ٢٧/١٠٥ ـ ٢٨

أقول: يعني باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف.

[و] وجه البعد: لزوم المسامحة في التعريف؛ لاحتياجه إلى إضمار في نظم الكلام، فإنّه يكون في تقدير مايتساوى أجزاء أنواعه أو أصنافه، والبناء في التعريف على عدم المسامحة فيه مهما أمكن.

٢٨/١٠٥ **قوله: الّا أن يهملوا.**

أقول: ظاهر سوق العبارة أنّ هذا راجع إلى قوله: «بعيد جدّاً»، والغرض منه توجيه انطباق التعريف المذكور على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه على نحو يسلم عن هذا البعد، ولكنّه ليس كذلك جزماً؛ حيث إنّه بناء على الإهمال لايكون الإطلاق بلحاظ الأنواع والأصناف، بل بلحاظ نفس الجنس، بل هو معادل لقوله ﷺ: «باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه»، فالأولى أن يأتي العبارة على نحو يؤدّي هذا المعنى.

وحاصل معنى العبارة حينئذٍ: أنّ إطلاقهم المثلي على الجنس إن كان باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف من باب توصيف الشيء بحال متعلّقه، فهو، وإن لم يكن بعيداً إلّا أنّ انطباق التعريف المذكور عليه بهذا الاعتبار بعيد جدّاً.

وإن كان باعتبار إهمال الخصوصيّات النوعيّة والصّنفيّة الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها ولحاظ جنس الشيء من حيث هو، فهو، وإن كان يقرب معه انطباق التعريف على الجنس بلا مسامحة واحتياج إلى الإضمار، بأن يكون المعنى: مايتساوى أجزاؤه في القيمة من حيث هو مع قطع النظر عن الأوصاف النوعيّة والصّنفية وإن كانت تتفاوت فيها مع ملاحظتها، لكن هذا الإهمال بنفسه أبعد؛ لأنّ قضيّة التعريف للمثلي حينئذٍ أنّه لايجب على الضامن إلّا ماصدق عليه التعريف، فلا معنى لوجوب رعاية الخصوصيّات عند الأداء، وإلّا فلا فائدة في التعريف.

٢٩/١٠٥ **قوله: هذا مضافاً إلى أنّه يشكل.**

أقول: يعني لزوم مخالفة ظاهر كلماتهم على تقدير كون المراد من

الموصول في التعريف هو الصّنف؛ مضافاً إلى أنّه يشكل اطّراد التعريف؛ إذ لايصحّ أن يراد من التساوي التساوي الحقيقي؛ لاستلزامه خروج أكثر المثليّات، فلابدّ أن يراد منه التساوي العرفيّ المسامحيّ، أي تقارب الصفات، وعليه يلزم دخول أكثر القيميّات في التعريف؛ لتحقّق التساوي بالمعنى المذكور فيه.

هذا، ولايخفى أنّ الإشكال على اطّراد التعريف بالتقريب المذكور ليس بأولى من الإشكال على انعكاسه، بتقريب: أنّه لايصحّ إرادة التساوي العرفي، أي التقارب في الصّفات؛ لاستلزامه دخول أكثر القيميّات، فلابدّ أن يراد التساوي الحقيقي، وعليه يلزم خروج أكثر المثليّات، فالأحسن هو الترديد في الإشكال بين الاطّراد والانعكاس على ماهو قضيّة الترديد في التعليل، ولو لم يكن كلمة «الاطّراد» في العبارة لسلمت عن هذا الإشكال، كما لايخفىٰ.

وكيف كان، يمكن دفع الإشكال عليه بعدم الاطّراد أو عدم الانعكاس، بأنّا نختار الأوّل من شقّي التعليل، وهو إرادة التساوي الحقيقي بين أجزاء صنف واحد في القيمة، ونقول: إنّ منع حصوله في المثليّات إلّا ماقلّ من قبيل التناقض؛ إذ قضيّة اتّحاد الصّنف ـ كما هو الفرض ـ انتفاء مايوجب اختلاف الأفراد في القيمة، وفرض الاختلاف فيها مناقض له؛ إذ لا منشأ لاختلافها إلّا وجود خصوصيّة في أحد الأفراد دون الآخر، ومعه يكون الصّنف مختلفاً قهراً.

وبالجملة: إن أراد من الخصوصيّة في قوله: «لتفاوتها في الخصوصيّات» الخصوصيّة الكلّية، فهو خلف، وإن أراد الخصوصيّة الفردية، فهو حينئذٍ لايكون مثليّاً حتى يرد النقض.

قوله: فإنّ لنوع الجارية أصنافاً. ٣٢/١٠٥

أقول: الصواب أن يقول: فإنّ لصنف الجارية أجزاءً، أي أفراداً متقاربة

في الصّفات الموجبة لتقاربها في القيمة، فالمراد من «التساوي» في ذيل العبارة هو العُرفي المسامحي، لا الحقيقي، وإلّا فاللازم بمقتضى قوله: «وإن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة» أن يقول: الموجبة للتقارب من حيث القيمة.

قوله: وبهذا الاعتبار.

أقول: يعني باعتبار تحقّق تقارب صفات أصناف الجارية الموجبة لتساوي القيمة بالمعنى المتقدّم ذكره، والاكتفاء بذلك المقدار في رفع الجهالة والغرر المعتبر في صحّة البيع، يصحّ السّلم فيها، فلو كانت متباعدة الصّفات بحيث لايصدق التساوي العرفي أيضاً، كما لايصدق التساوي الحقيقي، أو كانت متقاربة ولكن لم يكتف بذلك في رفع الغرر، لم يصحّ السّلم فيها من جهة الغرر إمّا من حيث احتمال عدم الوجود، أو من حيث احتمال اختلاف القيمة.

١٠٥/٣٢ـ٣٣ قوله: ولذا اختار العلّامة.

أقول: يعني لأجل تحقّق التقارب الموجب للتساوي العرفي في القيميّات اختار العلّامة أنّ القيميّات التي يصحّ فيها السّلم مضمون في القرض بمثله، فلو لم يتحقّق التقارب فيها كيف يحكم بضمان بعضها بالمثل المراد منه الفرد الآخر المماثل للعين المقترضة المتقارب لها في الصفات؛ بل لابدّ من الحكم بضمان القيمة فيها مطلقاً لعدم وجود المثل حينئذٍ.

١٠٥/٣٣ قوله: وقد عدّ الشيخ.

أقول: هذا استشهاد أيضاً على تحقّق التقارب في القيمي.

١٠٥/٣٤ قوله: ثمّ لو فرض أنّ الصّنف.

أقول: هذا مربوط بقوله قبله: «تحقّق ذلك في أكثر القيميّات» يعني أنّه إن أُريد من التساوي: التقارب يشكل اطّراد التعريف بأكثر القيميّات؛ لتحقّق التقارب فيه، ولو تنزّلنا عن ذلك وفرضنا أنّ الصنف المتقارب الأفراد ـ من

حيث القيمة ـ قليل الوجود لا كثيره، لم يصلح إشكال اطّراد التعريف بعزّة وجود الصنف الكذائي، بل يبقى على حاله لدخول هذا الصنف العزيز الوجود من القيميّات في التعريف، وهو كافٍ في الإشكال عليه لبناء التعريف على شرح الحقيقة لا على الغالب، فعلم أن المراد من التساوي في قوله: «انّ الصنف المتساوى» هو التقارب لا معناه الحقيقي.

قوله رحمه الله: نعم يوجب ذلك. ٣٥/١٠٥

أقول: يعني: نعم يوجب عزّة الوجود وقلّته الفرق بين المثلي والقيمي في حكمة الحكم بضمان المثل في الأوّل وضمان القيمة في الثاني، لا في تشخيص مصاديق أحدهما عن مصاديق الآخر الذي هو المطلوب هنا.

تعاريف أخرى للمثلي ٣: ٢١٣ ـ ٢١٦

قوله: إنّه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصّفات. ٢-١/١٠٦

أقول: قال المحقّق القمّي ـ في مسألة الفضولي من أجوبة مسائله، بعد ذكر هذا التعريف ـ ماهذا لفظه: ولعل «المنفعة» في كلامه عطف على القيمة المقدّرة، يعني المتساوي الأجزاء في القيمة والمنفعة. ويمكن أن يكون نظره في زيادة المنفعة إلى إخراج مثل الحنطة والحمّص معاً إذا تساويا في القيمة، وقيل: النوع الواحد في تعريف المشهور يكفي عن ذلك، وفي زيادة تقارب الصّفات إلى ملاحظة الأصناف كما ذكرنا. انتهىٰ.

قوله: إذ المراد بالمثل لغة المماثل. ٤/١٠٦

أقول: هذا خلط بين المثل الذي هو مباين للمال التّالف وبين المثلي الذي هو كلّي ينطبق عليه ويصحّ حمله عليه بالحمل الشائع.

[و] الكلام هنا في هذا الثاني وهو الذي عرّفوه بما تراه من التعاريف، وقد عرفت أنّ المراد منه ما يكون مناط ماليّته الجامع ولم يلاحظ فيها الجهات الشخصيّة، ولا إشكال فيه طرداً وعكساً.

وأمّا الأوّل ـ أعني المثل ـ فهو موضوع لإعطائه بدلاً عن التالف، وهو

من أحكام هذا النحو من المال، والمراد منه ـ أي المثل ـ هو الفرد المماثل للتالف من جميع[1] الجهات الكلّية الدخيلة في مالية التالف كي يصدق الأداء الرافع للضمان، ولم يصرّح أحد بصدد تعريفه، كي يورد عليه بعدم الانعكاس تارة وعدم الاطّراد أُخرىٰ.

٥/١٠٦ **قوله: وليس في النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان.**

أقول: مع هذا لابدّ أن يبحث عنه لتميز ما يحكم العرف فيه بوجوب المثل عمّا يحكم فيه بوجوب القيمة.

قوله: نعم وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم.

أقول: لا يقال: هذا كافٍ في لزوم البحث عنه، لأنّا نقول إنّما يكفي هذا لو كان كلّ من المجمعين قد أراد من «المثل» في قوله: «المثلي يضمن بالمثل» ماله من المعنى الواقعي الواحد؛ إذ حينئذٍ يكون إجماع منهم على ترتّب الحكم على هذا اللفظ بماله من المعنى الواحد، أي معنى كان هو، سواء كان هذا المعنى الذي يقول به بعض المجمعين أو ذاك المعنى الآخر الذي يقول به البعض الآخر، بحيث يكون الاختلاف بينهم من باب الخطأ في التطبيق، فيجب البحث عن معنى هذا اللفظ وتعيينه بالقواعد المقرّرة له من الرّجوع إلى العرف مثلاً، ولكنّه غير معلوم لاحتمال أن يريد منه كلّ منهم في قوله المذكور مايراه معنى له، بحيث لو فرض أنّ معناه غير ما تخيّله لم يقل به.

وعلى هذا: لا ثمرة تترتّب على البحث عن معناه لانحصارها في تطبيق هذا المعنى المبحوث عنه على الأموال الخارجيّة كي يحكم بوجوب المثل فيها، فما كان منها بعنوانه مجمعاً على مثليّته ـ كالصّنف الخاصّ من الحنطة مثلاً ـ فنفس الإجماع المذكور مغنٍ عن البحث عنه، وما كان منها مختلفاً في مثليّته وقيميّته ـ كالرّطب مثلاً ـ فلا يفيد فيه انطباق المعنى المبحوث عنه عليه

---

(١) في الأصل: جمع.

وعدمه في مقام الحكم بوجوب المثل وعدمه، إلّا بعد كون اللفظ بذاك المعنى موضوعاً للحكم في معقد الإجماع، والمفروض عدمه؛ وإنّما هو موضوع له في خصوص قول بعض المجمعين، فيكون هذا اتّكالاً على قول بعض المجمعين في بيان المراد، والمعنى من اللفظ الواقع في معقد اتّفاقهم مع مخالفة الباقين، وأنّ مراد الكلّ من لفظ «المثلي» هو هذا الذي فهمه بعض المجمعين وطبّقه على الرّطب مثلاً، لا الذي فهمه غيره ولم يطبّقه عليه، وهو غير جائز.

هذا، ولكن الظّاهر أنّ إجماعهم هنا من النّحو الأوّل، وإنّما الاختلاف في تطبيق ذاك المعنى، فافهم فلابدّ من البحث عن التعيين.

قوله: ومن المعلوم أنّه لايجوز الاتّكال. ٦/١٠٦

أقول: ظاهر هذه العبارة وقوله: «وحينئذ ينبغي أن يقال: إنّ كلّ ما كان مثليّاً باتفاق المجمعين» أنّ مثليّة بعض الأموال وقيميّة الآخر أمر تعبّدي لابدّ أن يرجع في تعيين ذلك إلى الدّليل الشّرعي الموجود في المسألة، وهو الإجماع في الجملة، أي في بعض الأموال، وليس الأمر كذلك، بل هو أمر عرفي يرجع فيه إلى العرف، واتّفاق المجمعين في بعض الأموال على المثليّة أو القيميّة واختلافهم في الآخر إنّما هو من حيث إنّهم من أهل العرف، لا من حيث إنّهم من أهل الشّرع.

قوله: يبقى ماكان مختلفاً فيه. ٧/١٠٦

أقول: ظهر ممّا ذكرنا في ضابط المثلي والقيميّ حال الموارد التي وقع الخلاف فيها، وأنّ أيّها مثليّ وأيّها قيميّ.

قوله: ولم يعلم أنّ المراد. ١١/١٠٦

أقول: قد علم ممّا قدّمناه أنّ كلّ واحد من جنسهما ونوعهما، وأنّ المعيار في الصّنف هو انتفاء مايوجب اختلاف الأفراد في القيمة.

ما هو الأصل فيما يشكّ في كونه مثلياً أو قيمياً ؟ ٣: ٢١٦ـ٢١٧

١٢/١٠٦ **قوله: فلابدّ من ملاحظة أنّ الأصل الذي يرجع إليه عند الشّكّ هو الضمان بالمثل.**

أقول: أمّا بحسب اللفظ فليس في المسألة أصل لفظيّ من عموم أو إطلاق يرجع إليه؛ لعدم دلالة أدلّة الضّمان التي عمدتها حديث «على اليد» على أزيد من الضمان وارتفاعه بالأداء، وأمّا أنّ الأداء بما يحصل؟ فليس فيها دلالة عليه وإنّما يرجع فيه إلى العرف، وقد مرّ أنّه يختلف عندهم باختلاف الأموال، ففي بعضها يحصل بأداء المثل وفي الآخر بأداء القيمة، والمفروض هنا الشكّ في كون المال المضمون من الأوّل أو الثاني.

وأمّا آية الاعتداء فسيأتي الكلام فيها.

وأمّا بحسب العمل ففيه احتمالات:

الأوّل: الضمان بالمثل، ولعلّ وجهه توهّم كون المقام من قبيل الأقلّ والأكثر، مع القول بالاحتياط فيه.

والثاني: الضمان بالقيمة، والوجه ما ذكر مع القول بالبراءة فيه.

ويردّهما معاً أنّ المقام من قبيل المتباينين، كما لايخفىٰ على المتدبّر.

والثالث: تخيير الضامن، ووجهه عدم وجوب الموافقة القطعيّة في المتباينين، بدعوى عدم تأثير العلم الإجمالي إلّا في حرمة مخالفته القطعيّة دون وجوب موافقته القطعيّة، إمّا مطلقاً كما عليه بعض متأخّري المتأخّرين، أو في خصوص مثل المقام ممّا كان المعلوم بالإجمال من الماليّات، بدعوى قيام الإجماع على عدم وجوبها فيه.

ولعلّ المصنّف ﷺ في حكمه بالتخيير ناظر إلى هذا الوجه؛ لأنّ الأوّل خلاف مختاره أُصولاً وفقهاً، إلّا أن يكون غرضه ﷺ صرف بيان الاحتمال ولو على مذاق الغير.

وكيف كان، فعلى هذا المبنى لا مانع من إجراء البراءة من أحد الطّرفين:

المثل والقيمة، ففي بادي النظر، وإن كان الأمر يدور بين أن يجعل مجرى البراءة هو غير ما اختاره الضامن حتى يكون التخيير للضامن، أو غير ما اختاره المالك ورضي به حتى يكون التخيير للمالك، ولكن بعد دقّة النظر يعلم أنّ مقتضى القاعدة هو الأوّل، وأنّ الثاني في طوله لا في عرضه؛ وذلك لأنّ إجراء الأصل المذكور على كلّ تقدير وظيفة الضامن؛ لأنّه المكلّف بتفريغ ذمّته عمّا اشتغلت به، فكلّ مورد وجد فيه المقتضى له مع عدم المانع عنه أجراه فيه.

ومن المعلوم أنّ الطّرف الذي لا يريد دفعه لا قصور في مورديّته له، أمّا من جهة وجود المقتضي، وهو الشّك، فواضح، وأمّا من جهة عدم المانع، فلأنّه لو كان إنّما هو اعتبار رضا المالك في ارتفاع الضمان بما يدفعه الضامن، وهو إمّا غير معتبر إذ ليس له إلّا قبول مايجب دفعه على الضامن شرعاً ولو بالأصل وإن كان غير ما يرضى به المالك، فالشّك في وجوب مايدفعه الضامن سبب عن كونه هو الواجب عليه، أو مشكوك الاعتبار فيعمل بالمقتضى أيضاً، فافهم، ومعه يتعيّن الواجب فلايبقى مورد للتّخيير للمالك؛ لأنّ التخيير في صورة التردّد ولا تردّد مع إجراء أصل البراءة عمّا لايختاره الضامن، ولو فرض إجماع على عدم جواز إجرائه انقلب الأصل إلى الطرف الآخر وهو ما يختاره الضامن للدفع، ولايرضى به المالك ومرجعه إلى أصالة عدم براءة ذمّته بدفع مالايرضى به المالك، وهو عبارة أُخرى عن أصل الاشتغال.

وبالجملة: بعد قيام الدّليل على عدم جواز إجراء الضامن، الأصل البراءة عن خصوص غير ما اختاره لايتعيّن الواجب عليه، فيقع الشّك في ارتفاع الضمان بما لايرضى به المالك، فيرجع إلى قاعدة الاشتغال، ومقتضاها بضميمة عدم وجوب الاحتياط، وجواز إجراء أصل البراءة عن أحد طرفي العلم في الماليات للإجماع أو لحديث نفي الضرر، تعيّن مايرضى به المالك وهذا هو التخيير المالك.

والحاصل: أنّ كون التخيير للمالك ـ بعد عدم وجوب الاحتياط على الضامن لأحد الوجهين المتقدّمين ـ موقوف على جريان قاعدة الاشتغال المتوقّف على الشّك في ارتفاع الضمان بغير ما لا يرضى به، المتوقّف على عدم تعيّن الواجب على الضامن، وهو موقوف على عدم جريان البراءة عمّا لا يريده الضامن؛ إذ مع جريانها يتعيّن الواجب فيرتفع الاشتغال.

فقد تبيّن ممّا ذكرناه وجه تفريع المصنف ﷺ تخيير المالك على فرض الإجماع على عدم تخيير الضامن، فلا يرد عليه ما أورده بعض المحقّقين بقوله: وأمّا تخيير المالك فلا وجه لتفريعه علىٰ فرض الإجماع على الخروج عن الأصل الأوّل، فإنّ تخيير المالك بعد أن كان مخالفاً للأصل لا يصير موافقاً له بقيام الدّليل على الخروج عن الخروج عن الأصل انتهىٰ؛ إذ غرضه تفريعه من حيث المدرك والمبنى، بمعنى أنّ وجود أصالة الاشتغال وأصالة عدم البراءة عن الضّمان بدفع مالا يرضى به المالك المقتضي لتخييره، موقوف على قيام الدّليل على عدم جواز إجراء الأصل الحاكم عليها، وهو أصل البراءة عمّا لا يختاره الضامن، لا تفريعه عليه من حيث هو.

وبما ذكرنا في وجه التخيير للضّامن ظهر سقوط ما أورده أيضاً على التمسّك بأصالة البراءة عمّا زاد على ما يختاره الضامن لإثبات تخييره بما هذا لفظه: وأصالة البراءة إن كانت بالنسبة إلى الزّيادة الماليّة بحيث يختار الأقلّ، فمع فساده في نفسه غير مطّرد؛ لأنّه قد يتعلّق غرضه باختيار الأكثر ويتعلّق غرض المالك بالأقلّ، فأصالة البراءة لا توجب سلطنه الضامن على إلزام المالك بأخذ الأكثر، وإن كانت بالنسبة إلى التعيين مع دوران الأمر بينه وبين التخيير، ففساده غنيّ عن البيان. انتهىٰ.

أقول: لعلّ نظره في وجه الفساد إلى عدم احتمال التخيير، وإنّما الأمر مردّد بين تعيين هذا وتعيين ذاك.

وكيف كان، فوجه ظهور السقوط أنّ بناء الإيراد على تخيّل ابتناء ما ذكره المصنّف رحمه‌الله على كون المقام من دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر، أو بين التعيين والتخيير، وهو تخيّل فاسد، وإنّما هو مبنيّ على عدم وجوب الاحتياط في المتباينين.

نعم يرد عليه: منع المبنى أمّا عدم اقتضاء العلم الإجمالي؛ لوجوب الموافقه القطعيّة مع اقتضائه حرمة المخالفة القطعيّة، فلما أثبتناه في الأُصول من ثبوت الملازمة بين المرحلتين في الاقتضاء وعدمه، وأمّا الإجماع على عدم وجوب الاحتياط في مثل المقام، فهو غير معلوم، ولو سلّم فغير مفيد؛ لاحتمال استناد بعض المجمعين إلى القول بعدم تأثير العلم الإجمالي في وجوب الموافقة القطعيّة، ولو سلّم فأصالة البراءة عن غير ما يختاره الضامن لايثبت كون الواجب عليه مايختاره حتى ترفع اليد عن قاعدة الاشتغال المقتضية ـ بضميمة عدم وجوب الاحتياط ـ تخيير المالك إلّا على الأصل المثبت، فالمرجع بعد تسليم عدم وجوب الاحتياط قاعدة الاشتغال ابتداء؛ ولأجل هذا قال المصنّف قدس‌سره: «والأقوىٰ تخيير المالك من أوّل الأمر»، يعني: قبل فرض قيام الإجماع على عدم إجراء أصل البراءة «لأصالة الاشتغال والتمسّك بأصالة البراءة لايخلو عن منع» انتهىٰ.

والرابع: تخيير المالك، والوجه فيه ـ مضافاً إلى ما علم ممّا تقدّم من أصالة الاشتغال ـ ما ذكره المصنّف قدس‌سره وهو عموم «على اليد» بتقريب: أنّ مقتضاه بلحاظ الغاية عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر.

وفيه: أنّ أصالة الاشتغال لايقتضي إلّا بعد البناء على عدم وجوب الاحتياط اعتماداً على أحد الوجهين المذكورين، وقد مرّ منعهما معاً.

وأمّا عموم «على اليد» ففيه: أنّه إنّما يدلّ على عدم ارتفاع الضمان إلّا

بأداء العين، وأمّا أنّ أداءها عند التلف بماذا يتحقّق فلا دلالة عليه، فالمرجع فيه العرف، وقد مرّ أنّ الأداء الحقيقي عندهم مختلف بحسب الأموال والحالات، فالبدل عين المبدل منه عندهم، وإنّما الشكّ في أنّ البدل هذا أو ذاك.

والخامس: الاحتياط بالنسبة إلى الضامن، وهو الأقوىٰ لدوران الأمر بين المتباينين وعدم القدر المتيقّن في البين، وكذا بالنسبة إلى المالك أيضاً، فلايجوز للأوّل إلزام الثاني بأخذ أحدهما معيّناً، كما أنّه لايجوز للثاني إلزام الأوّل بدفعه فضلاً عن الإلزام على الجمع بينهما، فيجب على كلّ منهما أن يعمل على طبق رضا صاحبه، فلو تشاحّا فيرجع إلى الصّلح القهري أو القرعة؛ لأنّ الشّبهة موضوعيّة.

نعم لو صحّ الإجماع على عدم وجوب الاحتياط فالأقوى ـ كما ذكره المصنّف ـ تخيير المالك.

ثمّ إنّ المختار في المسألة لا فرق فيه بين أن يكون ما على الضامن هو نفس العين حتّى مع التلف ـ كما قوّيناه ـ وبين أن يكون هو البدل في الفرض المذكور،كما هو المشهور، فتدبّر جيّداً.

١٤/١٠٦ **قوله: فإنّ مقتضاه.**

أقول: قد تقدّم عدم صحّة الاستدلال بالحديث.

١٥/١٠٦ **قوله: والأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر.**

نعم لو قام الإجماع على عدم وجوب الاحتياط في أمثال المقام، ولكن فيه نظر كما مرّ، فالأقوى الاحتياط بالنحو الذي ذكرناه.

قوله: لأصالة الاشتغال.

أقول: يعني بها أصالة الاشتغال بالنسبة إلى تعيين المدفوع لا بالنسبة إلى الطرف الآخر حتى يقال: إنّ مقتضاها الاحتياط بدفع كليهما لاتخيير المالك.

قوله: والتمسّك بأصالة البراءة لايخلو عن منع.

أقول: لكونها مثبتة بالنسبة إلى تعيين مايجب على الضامن دفعه، وبعد عدم حجّيته يرجع من أوّل الأمر إلى قاعدة الاشتغال، ونتيجتها بضميمة عدم وجوب الاحتياط تخيير المالك.

قولهﷺ: بالتخيير في الأداء. ١٦/١٠٦

أقول: هذا متعلّق بـ«يقال» يعني به تخيير الضامن، وتوهّم أنّه إعادة للأمر السّابق، مدفوع بأنّه فرق بينهما من حيث المدرك؛ إذ المدرك فيه هنا الاضطرار وفي السابق أصل البراءة، وأيضاً التخيير هنا عقليّ وهناك شرعيّ.

ثمّ إنّ الوجه في ابتناء هذا الاحتمال على عدم الدليل لترجيح الأقوال الأربعة المذكورة، عدا الثالث منها، وفرض الإجماع على بطلان القول الثالث الذي اقتضى الدّليل ترجيحه؛ ولذا رجّحه بقوله: «والأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر»، إنّما هو توقّف مبناه عليه، وهو ـ أي المبنى ـ كون المقام من دوران الأمر بين المحذورين مع عدم إمكان البراءة اليقينيّة عند التّشاح؛ لعدم إمكان الاحتياط معه.

[و] وجه التوقّف: أنّه بناء على ترجيح القول الأوّل أو الثاني لا دوران بين الشّيئين فضلاً عن المحذورين، وبناء على ترجيح الرّابع، أو عدم قيام الإجماع على بطلان الثالث ـ الذي اقتضى الدّليل ترجيحه ـ يمكن البراءة اليقينيّة الظاهريّة حتّى مع التشاحّ أيضاً.

قولهﷺ: فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوىٰ، فتأمّل. ١٧/١٠٦

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّ هذا مبني على أمرين:

أحدهما: عدم ثبوت الترجيح لأحد هذه الأقوال.

والآخر: قيام الإجماع على عدم تخيير المالك.

وكلاهما ممنوع: أمّا الأوّل فلوجود التّرجيح عنده للقول الثّالث؛ ولذا قال: «والأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر»، وأمّا الثاني فلأنّ تخيير المالك من

جملة الأقوال في المسألة، وقد قوّاه أيضاً، ومع الإجماع لا يبقى مجال لذلك، أو إشارة إلى دفع توهّم كونه إعادة للسّابق.

١٠٦/١٧ـ١٨ قوله: ولكن يمكن أن يقال: إنّ القاعدة.

مقتضى القاعدة الضمان بالمثل ثم بالقيمة من النقدين ٣: ٢١٧

أقول: يعني أنّ الاحتمالات المتقدّمة إنّما هي فيما إذا لم يكن هناك أصل لفظيّ من إطلاق أو عموم يزيل الشّكّ، ولكن يمكن القول بوجوده بما قرّبه في المتن فلامجال لها.

وفيه: منع وجود الإطلاق في أدلّة الضّمان من هذه الجهة كما مرّ غير مرّة.

ثمّ إنّ هذا دليل ثانٍ لأصل المسألة كما أنّ الإجماع دليل أوّل لها أشار إليه في السّابق بقوله: «نعم، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم»، وإلى الخدشة فيه بقوله: «ومن المعلوم».

وما استدلّ به الشيخ رحمه الله وهو آية الاعتداء دليل ثالث لها قد ناقش فيهما معاً بقوله فيما بعد: «نعم الإنصاف عدم وفاء الآية كالدّليل السّابق». ومراده من الدليل السابق هو ما ادّعاه سابقاً من كون قضيّة الإطلاقات هو الضمان بالمثل.

أقول: مراده بقرينة ذيل عبارته، حكم العرف بضمان المثل.

وفيه: أنّه على إطلاقه ممنوع، بل العرف يحكمون بضمان القيمة في بعض الأموال وإن وجد له مثل، فما في بعض الموارد من حكم الشارع بضمان القيمة فهو من باب التصريح بمتفاهم أهل العرف من الضمان بالقيمة في القيميّات؛ لأنّ مورد الأخبار إمّا من قبيل القيميّ بالمعنى الذي حقّقناه ـ مثل البغل في صحيحة أبي ولّاد، وولد الأمة المسروقة المبتاعة في رواية أُخرى، وما في سفرة مطروحة في الطريق من اللحم والخبز والبيض والجبن والسّكين كما في رواية السّكوني وغير ذلك ـ أو محمول على القيميّ لأجل الغلبة كالأخبار الواردة في ضمان المرتهن للرّهن إذا فرّط فيه؛ إذ الغالب في الرّهن

كونه من القيميّات لا أنّه حكم تعبّديّ خاصّ.

قوله: على مورد واحد من هذه الموارد. ٢٠/١٠٦

أقول: يعني الموارد التي حكم الشارع فيها بالضمان من الغصب والأمانة المفرّط فيها وغيرهما ممّا أشرنا إلى بعضه.

الاستدلال على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بآية الاعتداء ٣: ٢١٧ ـ ٢١٨

قوله: واختصاص الحكم بالمتلف عدواناً لايقدح بعد عدم القول بالفصل. ٢٢/١٠٦ ـ ٢٣

أقول: يعني الفصل بين المتلف عدواناً وبين التّلف فيما يضمن به في الأموال بعد الفراغ عن ثبوت الضمان في صورة التّلف بدليل يدلّ عليه فيها، وإنّما اتّفقوا على الاتّحاد في المضمون به من حيث المثليّة أو القيميّة في البابين.

قوله: وربّما يناقش في الآية. ٢٣/١٠٦

أقول: قد أورد هذه المناقشة في الرياض، ومنشاؤها دعوى أنّ «ما» فيها إمّا مصدريّة أو موصولة أُريد منها المصدر، أعني الاعتداء، أي بمثل اعتدائه، والمراد منه جنس الظّلم والتّعدّي الشّامل لتمام أنواعه من الضّرب والشّتم واللعن والغيبة والقذف وغير ذلك من أنواع الظلم. و«المثل» صفة لمصدر محذوف، فيكون تقدير الآية ـ والله أعلم ـ: من ظلم وتعدّىٰ عليكم بنوع من أنواع الظّلم فاظلموه واعتدوا عليه بظلم هو مثل ظلمه عليكم، إن ضربكم فاضربوه وإن شتمكم فاشتموه وهكذا، فيكون مفاد الآية حينئذٍ مفاد المفعول المطلق النوعي، فلاتدلّ على أزيد من المماثلة في الظّلم، بمعنى اندراجهما معاً تحت نوع واحد من الظلم، فلايبقى لها تعرّض لمقدار ذاك الظّلم من حيث الكمّ والعدد وسائر الخصوصيّات، كما لايخفى على من لاحظ قول القائل: اضرب مثل ضرب الأمير.

قوله: وفيه نظر. ٢٣/١٠٦

وجه النظر إلى ما ذكره في الحاشية من أنّ ظاهرها اعتبار المماثلة في الاعتداء والمعتدى به: أنّ ما ذكره من المناقشة إنّما يتمّ لو ترك المناقش ذكر لفظ «المقدار» وقال بدل «في مقدار الاعتداء»: في الاعتداء. وأمّا معه فلايتمّ؛ لأنّ المماثلة في مقدار الاعتداء لاينفكّ عنها في مقدار المعتدى به.

هذا، ولقد عثرت بعد أن كتبت هذا على كلام للمحقّق القمّي في المقام، ذكره في خلال الجواب عن السؤال عن صحّة بيع الفضولي، في ذيل الكلام في تعريف المثلي والقيميّ من كتاب التّجارة، لابأس بذكره. قال: وقد يستدلّ في المقام بقوله تعالىٰ: ﴿فمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ﴾[1] ﴿وَجَزاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُها﴾[2] ولايخلو عن إشكال؛ لأنّ المراد من الآية إمّا بيان التّشبيه الخاصّ، يعني: لاتتجاوزوا في مقدار الاعتداء عمّا اعتديتم به، بأن يكون المراد المشابهة في المقدار، فلايمكن التعميم ولا تفيد تعيين المماثل بمعنى المماثلة الاصطلاحية، بل المراد التساوي في مقدار الاعتداء من القتل والجرح وأخذ المال، فلا التفات حينئذٍ في الآية إلى كون الاعتداء والمعتدى به بعنوان المثل أو القيمة فيتخيّر بينهما، فيكون الأمر للتّخيير بين الأخذ والعفو بأيّ نحو كان، ففي الآية حكم واحد وهو الرّخصة في الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدي وأن لايتجاوز عنه، والمراد «بالمقدار» هو المنزلة والمقبوليّة، بمعنى أن يحكم أهل العرف بأنّهما سيّان في المنفعة والفائدة ويرضى العقلاء بتملّك كلّ منهما مقام الآخر، لا المساواة في الكمّ والكيف والوزن والكيل، وحينئذٍ فالحكم بكونه مثلاً مصطلحاً أو قيمة مسكوت عنه سواء كان المعتدى به مثليّاً أو قيميّاً.

وإن كان المراد التشبيه المطلق، يعني: يجوز لكم الاعتداء على نحو

---

(١) البقرة: ١٩٤.

(٢) الشورى: ٤٠.

يماثل اعتداء المعتدي في الاعتداء والمعتدى به، فهذا الإطلاق ينصرف إلى العموم في كلام الحكيم، وحينئذٍ يشتمل على حكمين: الأوّل الرّخصة في الاعتداء، والثّاني أن يكون ذلك على سبيل المثليّة في كلّ شيء، وهذا أيضاً يشمل المثليّ والقيميّ، فلاتدلّ الآية على التفصيل المشهور.

فالمناص بأن يبنى تفسير الآية على الوجه الثاني، ويخصّص عمومه بدليل خارجيّ مثل صحيحة أبي ولّاد، ويقال: إنّ حكم القيمي ليس داخلاً في الآية، أو يعترف بمذهب ابن الجنيد فيندرج مسألة الرّجوع في المثليّ إلى المثلي تحت عموم الآية؛ [لا] لأنّ لفظ «المثل» فيها بمعنى المثلي المصطلح؛ بل لأنّ المماثل المصطلح من أفراد المماثلة المعتبرة في الآية ويخرج القيميّ بالصحيحة المزبورة.

وبالجملة: الظاهر عدم الخلاف في الرّجوع إلى المثل في المثلي، كما لا خلاف في الرّجوع إلى القيمة في القيمي إلّا من ابن الجنيد والمحقّق في بعض أقواله ظاهراً، فالدليل في المثلي عموم الآية على التفسير الثاني وعدم ظهور الخلاف، وفي القيمي على المشهور هو الصحيحة مؤيّداً بندرة المماثلة التامّة في القيميّات، المخالفة للاطّراد المطلوب في الأحكام الشرعيّة المربوطة بالقواعد الكلّية.

نعم، لمّا كان في تحقيق المثلي والقيمي خفاء، ولايظهر تفسيرهما من الآيات والأخبار، وقد وقع الاختلاف في تفسيرهما، فما وقع الاتّفاق على كونه مثليّاً ـ كالحبوب والأدهان ـ يثبت حكمه بلا إشكال، وما اختلف فيه فيرجع في حكمه إلى عموم الآية.

ثمّ قال بعد جملة كلام له: ثمّ إنّ هاهنا احتمالاً آخر في تفسير الآية، وهو: أن يكون وجه الشّبه نفس الاعتداء وإيجاد ماهيّته من دون التفات إلى المقدار ولا المماثلة نظير الصلاة في قولنا: «اللهمّ صلّ على محمّد وآل محمّد

كما صلّيت علىٰ إبراهيم وآل إبْراهيم» على أحد الوجوه فيه، وهو بعيد سيّما بملاحظة الحكمة وظهور كلمة «ما» في الموصولة لا المصدريّة.

ومن جميع ما ذكرنا يظهر الكلام في قوله تعالىٰ: ﴿جَـزاءُ سَـيِّئَةٍ سَـيِّئَةٌ مِثلُها﴾[1] ولعلّه أظهر في إرادة العموم. انتهىٰ كلامه رفع مقامه.

المناقشة في الاستدلال ٣: ٢١٨ـ٢٢٠

٢٤/١٠٦ **قوله: كالدّليل السّابق.**

أقول: يعني به الاعتماد على المتعارف.

٢٧/١٠٦ **قوله رحمه الله: فإنّهم لايحكمون بالتّهاتر.**

أقول: يعني والحال أنّ قضيّة الآية والدليل المتقدّم هو التهاتر.

٢٦/١٠٦ **قوله: مع أنّ القائل بقيميّة الثوب لا يقول به.**

أقول: لايخفى أنّه لايتفاوت الحال بين القول بقيميّة الثوب ومثليّته في الفرض من حيث مقدار الماليّة؛ بناءً على اعتبار قيمة يوم الدّفع والأداء في القيمي؛ إذ لا فرق بين دفع القيمة السّوقيّة يوم الأداء وبين شراء المثل ودفعه، نعم يتفاوت الحال بناء على اعتبار قيمة يوم التّلف أو أعلى القيم إلى يوم الدّفع.

٢٧/١٠٦ـ٢٨ **قوله: كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبدين.**

أقول: يعني به كلماتهم في مسألة: «ما لو اشترى عبداً في الذّمة ودفع البائع إلى المشتري عبدين وقال: اختر أحدهما فأبق واحدٌ منهما» التي عنونوها مع تلك المسألة، أي مسألة بيع عبد من عبدين في موضع واحد لا عين تلك المسألة، فإنّ كلماتهم فيها دائرة بين القول بالصحّة كما عن الخلاف، والقول بالبطلان كما هو المشهور، وليس فيها مايشهد على عدم التهاتر في مسألتنا بخلاف المسألة التي ذكرناها، فإنّ منهم من يقول بأنّه يكون التالف بينهما ويرجع بنصف الثمن، فإن وجده اختاره وإلّا كان الموجود لهما، ذهب إليه الشيخ قدس سره وتبعه بعض أصحابنا كما في المسالك؛ ومنهم من يقول بأنّ التّالف

---

(١) الشورى: ٤٠.

مضمون بقيمته وله المطالبة بالعبد الثّابت في الذمّة لأجل الإباق عنده الموجب للضّمان لأجل اليد كالمقبوض بالسّوم، كما اختاره في بيع الحيوان من الشرائع، ولايخفىٰ أنّ كلاً من القولين على طرف النقيض من التهاتر.

قوله: نعم، ذهب جماعة منهم الشّهيدان في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيميّة. ٢٨/١٠٦

أقول: هذا استدراك ممّا ذكره قبل هذا من عدم التزام المشهور بضمان المثل في القيميّات الذي هو مقتضى الآية والعرف، فإنّ المستفاد من ذهاب هؤلاء الجماعة إلى جواز ردّ العين المقترضة في القيميّات هو ضمان القيمي بالمثل؛ إذ لو كان ضمانه بالقيمة لما جاز ذلك، فتأمّل فإنّ فيه كلاماً يأتي فيما بعد.

وكيف كان، فقد وقع الخلاف في جواز ارتجاع العين المقترضة وعدم جوازه، ذهب الشيخ ﵀ إلى الأوّل على ما حكي عنه، والمحقّق والعلّامة ومن تبعهما إلى الثاني.

والتحقيق أن يقال: إنّه إن كان النزاع في جواز إلزام المقرض للمقترض على إرجاع العين المقترضة مع وجودها وعدمه، فإن كان نظرهم في ذلك إلى أنّه هل له فسخ عقد القرض كي يجوز له ذلك، أم لاكي لايجوز؟ فهو مبنيّ علىٰ جواز عقد القرض ولزومه، فإن قلنا بالأوّل، كما هو المعروف، فنعم؛ وإن قلنا بالثاني، كما هو قضيّة الأصل اللفظي والعملي مع عدم الدّليل على خلافه، فلا؛ وإن كان نظرهم فيه إلى أنّ له في مقام استيفاء دينه مع بقاء العقد على حاله وعدم انفساخه إمّا للزومه وإمّا لعدم فسخه، فلاينبغي الإشكال في عدم جوازه؛ لأنّه خلاف السّلطنة على الملك المتحقّق للمقترض بالقرض من دون فرق في ذلك بين المثلي والقيمي.

وعلى هذا فإن اختار المقترض ـ في مقام إيفاء الدّين ـ ردّ العين

المقترضة فهل يجب على المقرض قبوله، ويحرم عليه الامتناع عنه ومطالبة شيء آخر، أم لا؟ الظاهر هو الأوّل في المثلي؛ لأنّ كلّ واحد من العين ومايماثلها فرد لما على عهدة المقترض وهو المثل، المراد منه هنا الكلّي الجامع لصفات العين؛ إذ بالقرض يكون العين للمقترض ويملك المقرض عوضها على عهدته كلّياً منتزعاً عنها، جامعاً بينها وبين فرد آخر منه، وإنّما عبّر بالمثل الظاهر في فرد مغاير للعين في الوجود بلحاظ حال التّلف، فليس له حقّ زائد على الكلّي الصّادق عليها أيضاً كي يمتنع عن قبولها لأجل استيفاء تمام حقّه.

وأمّا القيمي ففيه إشكال:

من انتقال حقّه إلى القيمة المغايرة للعين؛ للإجماع على الضمان بالقيمة فيه؛ ولذا اتّفقوا على عدم وجوب قبول عين أُخرىٰ مماثلة للعين المقترضة من جميع الجهات، فيكشف ذلك عن انتقال حقّه إلى القيمة لا إلى المثل الصّادق على العين مع وجودها، فلايجب قبولها أيضاً، كما لايجب قبول العين الأُخرى المماثلة لها من جميع الجهات بل يجوز له مطالبة القيمة.

ومن دعوى اختصاص الإجماع بصورة عدم بذل الضّامن للمثل مع وجوده، وأمّا مع وجوده واختيار بذله فلا إجماع، ولا أقلّ من الشّك، فيجب القبول.

هذا، ولكن الظاهر من اتّفاقهم على عدم وجوب قبول عين أُخرى مماثلة لها من جميع الجهات والانتقال إلى القيمة مطلقاً حتى مع وجود المثل وبذله، فله عدم قبولها ومطالبة القيمة، ومن هنا ظهر أن ليس له الامتناع عن قبول القيمة لو اختارها الضامن ومطالبة العين المقترضة.

هذاكلّه فيما إذاكان القرض هو التمليك علىٰ وجه ضمان المثل أو القيمة وكون أحدهما على عهدة المقترض، وأمّا بناء على أنّه التمليك على وجه

ضمان نفس العين، وكونها بنفسه على عهدته يردّها بما يصدق عليه الردّ والأداء حقيقة كما أشرنا إليه في أوائل البيع في مقام الفرق بين البيع والقرض، فيجوز له الإلزام بإرجاع نفس العين حال وجودها، ويجب على المقترض إرجاعها مطلقاً حتّى في القيمي، ولابدّ في ردّ غيرها مثلاً كان أو قيمة من التّراضي، فتأمّل.

قوله: لكن لعلّه من جهة صدق. ٢٨/١٠٦

أقول: هذا خدشة على الاستدراك السّابق، يعني: أنّ مجرّد ذهاب هؤلاء الجماعة من المشهور إلى جواز ردّ العين المقترضة ـ إذا كانت قيميّة ـ لا يكفي في استفادة أنّهم يقولون بضمان القيميّ بالمثل، واشتغال الذّمّة فيه بالكلّي الجامع بين العين وبين فرد آخر مماثل لها من جميع جهات الماليّة على ما عرفت آنفاً، بل لابدّ فيها مع ذلك من إحراز أنّ جواز ذلك عندهم إنّما هو من جهة كون العين المقترضة عندهم كأمثالها فرداً من الكلّي الذي هو صار علىٰ عهدة المقترض، وهو غير معلوم؛ إذ لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة كون العين فرداً من كلّي المثل بالمعنى الذي عرفته حتّىٰ يدلّ على ذهابهم إلى ضمان القيمي بالمثل، وسيأتي ما فيه.

قوله: ولذا اتّفقوا. ٢٩/١٠٦

أقول: يعني ولأجل أنّ جواز ردّ العين المقترضة القيميّة من جهة صدق الأداء على ردّها، لا من جهة ضمان القيمي بالمثل واشتغال الذمّة بكلّي المثل، والعين المقترضة فرد من أفراد هذا الكلّي، حتّى يكون جواز ردّ العين من باب جواز ردّ المثل الكلّي وأدائه ببعض أفراده قبال ردّها ببعضها الآخر كما في المثليّات، اتّفقوا على أنّه لايجب على المقرض قبول غير العين من أفراد ماهو كلّي العين المأخوذة الجامع بينهما ـ كالعبد مثلاً ـ وإن كان هذا الغير فرداً منه مماثلاً للعين المقترضة من جميع الجهات، بل يجوز له الامتناع عن قبوله

ومطالبة قيمته من النقدين، وإلّا فلو كان هذا من جهة ضمان القيميّ بالمثل لوجب عليه قبول ذاك الفرد المماثل ولم يجز له مطالبة القيمة.

فظهر أنّ مقابل عدم وجوب قبول غير العين جواز مطالبة القيمة لا جواز مطالبة العين؛ إذ ليس له ذلك ولو قلنا بضمان المثلي بالمثل؛ إذ ليس للمقرض في مقام استيفاء القرض إلزام المقترض بردّ العين المقترضة عند وجودها كما عرفت في الحاشية السابقة، فلابدّ أن يكون جواز ردّها من جهة صدق الأداء عليه.

وفيه: أنّه لو كان من تلك الجهة لوجب عليه القبول ولم يجز له الامتناع ومطالبة القيمة، وقد مرّ منع ذلك.

وبالجملة: لايصحّ الجمع بين صدق الأداء على ردّ العين الملازم بوجوب القبول، وبين عدم وجوب قبول فرد آخر مماثل للعين، فتأمّل جدّاً.

٢٩/١٠٦ **قوله: فمقتضى الدّليلين.**

أقول: يعني بهما الآية والعرف.

٣١/١٠٦ **قوله: فمقتضى ذلك.**

أقول: أي الدليلين أعني الآية والعرف.

قوله: عدم وجوب إلزام المالك بالمثل.

أقول: هكذا وجدناه فيما رأيته من النسخ، والظاهر وقوع الغلط، والصواب «الجواز» بدل «الوجوب» كما لايخفىٰ.

٣٢/١٠٦ **قوله: وإن قوّى خلافه بعض.**

أقول: سيعلم أنّه الأقوىٰ.

٣٣/١٠٦ **قوله: كما في المثالين المتقدّمين.**

أقول: يعني بهما مثال العبد والثّوب، ويعني بالمثال الثالث: مثال نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف أو سقوطه عن القيمة بالمرّة.

قوله: وقد ينعكس الحكم.

أقول: يعني يضمن بالقيمة في المثلي بمقتضى الدليلين، ولايضمن بها عند المشهور بل يضمن بالمثل.

قوله: من أنّ العامّ المخصّص بالمجمل.

أقول: يعني بالعامّ الآية؛ فإنّها دلّت على لزوم المثل مطلقاً في المثلي والقيمي، وبالمجمل ـ في المقام ـ القيمي؛ فإنّ مفهومه مجمل مردّد بين الأقلّ وهو مورد الإجماع المحقّق، وبين الأكثر وهو مطلق ماقيل بكونه قيميّاً وإن كان محلّ الخلاف.

وفيه: أنّ الإجمال هنا مصداقيّ؛ إذ لا إشكال في مفهوم القيمي وأنّه المال المعتبر فيه ماليّته فقط، فيكون الرّجوع إلى العامّ في مورد الشّكّ من التمسّك به في الشبهة المصداقيّة، فلايجوز فيرجع إلى الأصل العملي، وقد مرّ الكلام فيه.

ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل ٣: ٢٢٠ ـ ٢٢١

قوله: فحاصل الكلام. ١/١٠٧

أقول: يعني حاصل ما تكلّمنا في مفاد الآية ودليل العرف أنّ مقتضاهما الضمان بالمثل من حيث الحقيقة والماليّة التّامّة، إلّا أنّ كلّ مال أُجمع على أنّه مثليّ فالضّمان فيه بالمثل من حيث الحقيقة، وكذا من حيث الماليّة أيضاً لكن في الجملة ولو اتّفق نقصانها وقت الدّفع أو مكانه عمّا كان عليها حين القبض؛ للإجماع على إهمال هذا التفاوت في الماليّة بناء على تحقّق هذا النحو من الإجماع ولخبر الدّراهم، فيخصّص بهما الدّليلان المذكوران.

وانّ كلّ ما أُجمع على أنّه قيميّ فالضمان فيه بالمثل من حيث الماليّة فقط المعبّر عنه بالقيمة مطلقاً وان وجد له مثل كما في مثال الثّوب من كرباس، أو كان مثله في ذمّة المالك كما في مثال العبد، ولايلاحظ فيه المماثلة من حيث الحقيقة؛ وذلك أيضاً للإجماع على أنّ القيمي مطلقاً يضمن بالقيمة فيخصّص به الدّليلان أيضاً.

وأمّا مالم يعلم فيه لا هذا ولا ذاك؛ لاختلاف العلماء فيه، فيضمن فيه بالمثل من حيث الحقيقة والماليّة التّامّة معاً، من دون فرق فيه بين عدم اختلاف قيمة المدفوع وقيمة التالف واختلافهما؛ لما صرّح به ﷺ سابقاً من أنّ العامّ المخصّص بالمجمل مفهوماً لايخرج عن الحجّية بالنسبة إلى موارد الشّك وعلى تقدير خروجه عن الحجّية، فلا فرق بين الصّورتين، فعلى كلّ تقدير لا وجه للتفصيل المذكور، ولعلّه لما ذكرنا أمر بالتأمّل.

٢/١٠٧ **قوله: إلى الخبر الوارد في أنّ اللّازم على من عليه دراهم.**

أقول: هكذا في النسخ المصحّحة وفي أغلب ما رأيته من النسخ بدله: «في أنّ الثابت في ذمّة من اقترض دراهم» وكلّ منهما وإن كان له وجه بأن يقال: إنّ النظر على الأوّل إلى رواية يونس لكونه علىٰ وفق مضمونها، وعلى الثاني إلى رواية صفوان لمطابقتها لها، إلّا أنّ الصحيح هو الأوّل؛ لأنّ شمول الثاني للمقام يحتاج إلى عدم الفصل بين القرض وبين المقام، بخلاف الأوّل فإنّه يعمّه بنفسه.

٣/١٠٧ **قوله: هي الدّراهم الأُولىٰ، فتأمّل.**

أقول: قيل: إشارة إلى دفع المناقشة في الاستدلال بها بمعارضتها بمكاتبة يونس الدالّة على اشتغال ذمّته بالدّراهم الأُخرى التي روّجها السلطان بعد إسقاط الأُولىٰ بعدم مقاومتها لها؛ لمرجوحيّتها بالقياس إليها.

ويمكن أن يكون إشارة إلى أنّ هذه الرواية إنّما تدلّ على إسقاط السلطان لها عن عنوان الدّراهم بالمرّة، بحيث لايلاحظ فيها وجود السّكة أصلاً، وإنّما يعامل معها معاملة الفضّة الخالية عن السّكّة، فالمراد من «الوضيعة» في قوله في رواية يونس: «ولها اليوم وضيعة» هو نقصان مازاد على قيمة الفضّة لأجل السّكة، ومع ذلك لايرغب إليها بعنوان الدّراهم، فحينئذٍ لايبقى للرّواية دلالة على المدّعى من إهمال تفاوت نقصان الماليّة مع بقاء

أصل الماليّة؛ إذ لم يبق ماليّة للدّراهم في مورد الرواية بما هي دراهم، فيكون كالماء على الشاطئ.

ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل مايدلّ على أنّ اللازم هو الدراهم الأُولى على صورة اقتراض الدّراهم بما هي معنونة بعنوان خاصّ لايتعدّى إلى ما يروّجه السّلطان بعد إسقاطها، مثل عنوان المسكوك بسكّة فلان أو في وقت كذا وهكذا.

وحمل مايدلّ على أنّ اللازم هو الدّراهم الثانية الرائجة على صورة اقتراض الدّراهم الرائجة بما هي معنونة بعنوان الرّواج، بحيث لاينظر إلى غير الرّواج من الخصوصيّات الموجودة في الدّراهم الرّائجة حين الاقتراض، والدّراهم الموجودة حين القرض إنّما تعطى في مقام القبض والإقباض من جهة انطباق عنوان ما اقترضه عليها وكونها فرداً لها، ولعلّ هذا الثاني هو الغالب.

وما ذكرنا من الفرق في غاية الوضوح لو كان القرض بالعقد، وأمّا لو كان بنحو المعاطاة فالأمر كذلك لكن لابذاك الوضوح، فتأمّل.

ثمّ على ما ذكرنا من كون ما في الذّمّة هو الدّرهم الرّائج على فرض وقوع العقد عليه، هل اللازم عدم الاختلاف في المقدار أيضاً مع عدم الاختلاف في القيمة والماليّة، أم لا بل يجب عليه الرّائج مطلقاً ولو زاد عن مقدار الأُولىٰ؟

فيه وجهان، ظاهر المنقول عن الصّدوق هو الأوّل، وقضيّة الإطلاق هو الثاني، ولا مانع من الأخذ به إلّا لزوم الرّبا، وهو لايحرم إلّا بشرط من المتعاقدين، وهو منتفٍ؛ لأنّ لزوم دفع الزائد إنّما هو بحكم من الشارع.

ولعلّ ما ذكرنا من الجمع ممّا يساعد عليه العرف بعد العرض عليه، فلايحتاج إلى الشاهد، فتدبّر.

ما أُجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة ٣: ٢٢١

١٠٧/٣ **قوله: على ما سيجيء الاتّفاق على ذلك.**

أقول: أي ضمان القيمي بالقيمة ويجيء هذا في الأمر السابع.

ما شكّ في كونه قيمياً أو مثلياً ٣: ٢٢١

١٠٧/٤ **قوله: الحقّ بالقيمي فتأمّل.**

أقول: إشارة إلى عدم الوجه له وأنّ اللازم هو الضمان بالمثل، ويمكن أن يكون إلى ما ذكرنا من عدم الوجه للفرق بين صورتي التفاوت بين قيمتي المدفوع والتّالف وعدمه في الإلحاق بالقيمي أو المثلي.

[٥ ـ كثرة ثمن المثلي]

إذا لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ٣: ٢٢٢ ـ ٢٢٣

١٠٧/٥ **قوله: ذكر في القواعد.**

أقول: وكذلك في التذكرة مع بيانه لمنشأ التردّد والإشكال. قال رحمه الله في الغصب:

مسألة: إذا تلف المثلي وجب عليه تحصيل المثل؛ فإن وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه بلا خلاف، وإن لم يجده إلّا بأزيد من ثمن المثل ففي إلزامه بتحصيله إشكال: من أنّ المأخوذ بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرّقبة في الكفّارة والهدي؛ ومن أنّ المثل كالعين وردّ العين واجب وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته. وللشّافعية وجهان: أظهرهما الأخير، وربّما يمكن الفرق بين المثل والعين بأنّه تعدّى في العين دون المثل، فلا يأخذ المثل حكم العين. انتهىٰ.

١٠٧/٧ **قوله: ووجهه عموم النصّ والفتوى.**

أقول: ولا مانع من العمل به إلّا قاعدة نفي الضّرر، وهي من جهة دوران الأمر بين ضرر المالك وضرر الضامن غير جارية؛ لعدم إمكان نفي كليهما، وكون نفي ضرر أحدهما بالخصوص ترجيحاً، ومع عدم جريانها لا مانع من العمل، فتدبّر.

١٠٧/٧ـ٨ **قوله: ويؤيّده فحوى حكمهم.**

أقول: لعلّ وجه الفحوى أنّ حكمهم ـ بعدم الانتقال إلى القيمة في صورة

التنزّل ـ يقتضِي عدم مراعاة قاعدة نفي الضّرر بالنّسبة إلى الضّرر الوارد على المالك به في تلك الصورة، فهي أولى بعدم المراعاة بالنسبة إلى الضّرر الوارد على الضامن من الحكم بعدم الانتقال، كما في صورة الترقي؛ لأنّ الضّامن من جهةأنّه أقدم على تضرّره قابل لأن لايعمل فيه بقاعدة نفي الضّرر، بخلاف المالك فإنّه لم يقدم على ضرره، فإذا لم يعمل بها بالنسبة إلى المالك، كما في صورة التنزّل، فعدم العمل بها بالنّسبة إلى الضّامن، كما في صورة التّرقي، أولىٰ.

قوله: بل ربّما احتمل بعضهم ذلك. ٨/١٠٧

أقول: أي عدم الانتقال إلى القيمة.

قوله: من أنّ الموجود بأكثر. ١١/١٠٧

أقول: هذا إلى آخره وجه لأحد طرفي التّردّد، وهو عدم وجوب شراء المثل، وأمّا وجه الطّرف الآخر ـ أعني وجوبه ـ فهو عموم النصّ والفتوى الذي أشار إليه بقوله في وجه اختياره وجوب الشراء فيما بعد بقوله: «لعين ما ذكر في الصّورة الأُولىٰ».

قوله: وأمّا إن كان لأجل تعذّره. ٩/١٠٧

أقول: جواب هذا غير مذكور في العبارة حسب ما عندي من النسخة، والذي أظنّه أنّ الواو في قوله «والظّاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد» غلط والصواب الفاء بدلها، وهو الجواب لـ«إمّا» فتدبّر.

قوله: وحينئذٍ فيمكن التردد في الصورة الثانية. ١١/١٠٧

أقول: لا يخفى ما في الجمع بين حينئذٍ وبين الصورة الثانية من التكرار، فالأولى أن يقول: فيمكن التردّد حينئذٍ، وعليه يمكن جعله جواباً لـ«إما» الشّرطيّة.

قوله: معاندة البائع. ١٢/١٠٧

أقول: يعني بائع المثل.

الأقوى وجوب الشّراء ٣: ٢٢٤

قوله: ولكن الأقوى مع ذلك وجوب الشّراء.

أقول: هذا الذي ذكره في هذه الصّورة منافٍ لما سيذكره في المسألة السادسة من وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك في صورة تعذّر المثلي؛ لأنّها عين صورة تعذّر المثل؛ كما يشهد به قوله في عنوان الصورة: «وأمّا إن كان لأجل تعذّر المثل» مع تصريحه في أواخر المسألة السادسة عند الكلام في معرفة قيمة المثل المتعذّر باندراجها في صورة التعذّر حيث قال: «بأنّ وجود الفرد عند من يستغني عن بيعه ولا يبيعه إلّا بأزيد ممّا يبذله الرّاغبون لايقدح في صدق التعذّر كما ذكرنا في المسألة الخامسة».

١٣/١٠٧ **قوله: لعين ما ذكر في الصّورة الأُولىٰ.**

أقول: من عموم النّص والفتوى السّالم عن معارضة قاعدة نفي الضرر لما مرّ.

جواز المطالبة في بلد التلف وغيره ٣: ٢٢٤

قوله: بين كونه في مكان التلف.

أقول: يعني كون المثل.

قوله: ولا بين قيمته.

أقول: ولا بين أن يكون لنقله مؤونة أم لا، لوجود المثل في محلّ الوفاء.

[٦ ـ تعذّر المثل]

إذا تعذّر المثل في المثلي ٣: ٢٢٦

١٥/١٠٧ ـ ١٦ **قوله: السادس: لو تعذّر المثل في المثلي.**

أقول: الأمر كما ذكره المصنّف؆ بناء على المشهور المنصور عنده من اشتغال الذّمّة بالمثل في المثلي، معلّقاً على التّلف في صورة البقاء ومنجّزاً في صورة التّلف، وأمّا بناء على ما فهمناه من حديث: «على اليد» من اشتغالها بنفس العين مطلقاً، وأنّ الواجب على الضامن أداؤها مطلقاً، فمقتضى القاعدة عند تعذّر المثل: جواز دفع القيمة حتّى في صورة عدم مطالبة المالك، وليس له الامتناع عن قبولها؛ لأنّ الضّامن على كلّ حال مستحقّ لأداء العين، وهو حينئذٍ

منحصر بدفع القيمة.

وبالجملة: دفع القيمة في تلك الحال كدفع المثل في حال التمكّن منه، فكما أنّ المالك ليس له أن يمتنع من قبول المثل ويقول: إنّي أصبر إلى أن يوجد العين ولو بخرق العادة، كذلك ليس له أن يمتنع من قبول القيمة عند تعذّر المثل.

والسرّ فيه: أنّ دفع القيمة هنا ودفع المثل هناك دفع للعين حقيقة عند العرف في هذا الحال، مثل دفع العين عند التمكّن من ردّها، ومعلوم أن ليس للمالك الامتناع عن أخذ العين، ولايحتاج هذا إلى إقامة البرهان، ولا ينافي ما ذكرنا من كون نفس العين على العهدة مطلقاً ما أفاده العلّامة من أنّ المثل لايسقط بالإعواز؛ إذ ليس المراد عدم سقوطه عن الذّمّة حتّى يلزم منه أنّ الثابت في الذمّة هو المثل، ولازمه جواز الامتناع عن قبول القيمة مع عدم المطالبة، بل المراد منه عدم سقوطه عن البدليّة بالإعواز، فتأمّل.

وكيف كان، فالحقّ ما ذكرناه.

التفصيل بين ما لو طالب المالك وعدمه ٣: ٢٢٦ ـ ٢٢٧

قوله: وما ذكرنا يظهر. ١٠٧/١٩

أقول: المراد من الموصول هنا وفي قوله فيما بعد: «ويؤيّد ما ذكرنا أنّ المحكيّ» هو عدم سقوط المثل عن الذّمّة بالإعواز والتّعذر مجرّداً عن المطالبة.

قوله: لكن أطلق كثير. ١٠٧/٢١

أقول: قد مرّ أنّ هذا الإطلاق هو مقتضى التّحقيق من دون حاجة إلى دليل عليه، عدا دليل الضمان الدّال على وجوب الخروج عن عهدة المضمون المتوقّف على الأداء الحاصل بدفع القيمة مطلقاً.

قوله: ويؤيّد ما ذكرنا أنّ المحكيّ عن الأكثر في باب القرض أنّ المعتبر. ١٠٧/٢٢

أقول: من الأكثر ابن إدريس والشهيد الثاني في قرض السرائر والمسالك.

وجه التّأييد: أنّ معنى العبارة أنّ المعتبر والملحوظ في المثل المتعذّر هو قيمته لا نفسه، وهذا الاعتبار والملاحظة إنّما هو في يوم المطالبة لا يوم التعذّر، ومن المعلوم أنّه لو كان بمجرّد تعذّر المثل ينتقل إلى القيمة لما كان وجه التعبير بيوم المطالبة.

وأمّا التّعبير بالتّأييد فلعلّه لإمكان أن يكون الانتقال إلى القيمة في يوم التعذّر.

وأمّا التعبير بيوم المطالبة فإنّما هو لأنّه وقت الحاجة إلى ملاحظة القيمة.

وكيف كان، فيوم المطالبة في العبارة وإن كان الظاهر رجوعه إلى القيمة وأنّه قيد لها، إلّا أنّه بقرينة أنّ المشهور في قيمة المثل المتعذّر هو قيمة يوم الدّفع لا يوم المطالبة كما سيصرّح به وباختياره، لابدّ من جعله قيداً للاعتبار وظرفاً له، يعني: يعتبر في يوم المطالبة للمثل المتعذّر قيمته يعني قيمة يوم الدّفع.

٢٢/١٠٧ **قوله: عبّر بعضهم بيوم الدّفع، فليتأمّل.**

أقول: لعلّ الأمر بالتّأمل إشارة إلى أنّه يمكن أن يكون مراد هذا البعض من يوم الدفع: يوم وجوب الدّفع، وهو يوم المطالبة فلاينافي التعبير بيوم المطالبة، فتأمّل.

ويمكن أن يكون يوم الدّفع في عبارة هذا البعض قيداً للقيمة، ويوم المطالبة في عبارة الأكثر قيداً للاعتبار والملاحظة لا القيمة، فلاتنافي بين التعبيرين.

وكيف كان، فقد عبّر في التذكرة تارة بوقت المطالبة حيث قال في أوائل باب القرض:

مسألة: مال القرض إن كان مثليّاً وجب ردّ مثله إجماعاً، فإن تعذّر المثل وجب ردّ قيمته عند المطالبة، وأُخرىٰ بوقت التعذّر.

قال بعدما ذكر بورقة ونصف صفحة:

مسألة: لو اقترض الدّراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلّا الدّراهم الأُولى؛ لأنّها من ذوات الأمثال، فكانت مضمونة بالمثل، فإن تعذّر المثل كان عليه قيمتها وقت التعذّر. انتهىٰ.

وعبّر الشيخ‌ؒ بوقت القرض، فإنّه قال ـ على ما حكاه عنه في التذكرة بعدما تقدّم ذكره ـ: من أقرض على غيره دراهم، ثمّ سقطت تلك الدراهم وجاءت غيرها، لم يكن عليه إلّا الدّراهم التي أقرضها أو سعّرها بقيمة الوقت الذي أقرضها فيه. انتهىٰ.

إذ الظاهر من قوله: «أو سعّرها» صورة تعذّر الدّراهم المسقطة، ومن المعطوف عليه صورة عدم التعذّر.

وكيف كان، فالتحقيق لزوم القيمة عليه من يوم التّعذر مطلقاً ولو لم يطالب قبال المثل، ويأتي إن شاء الله أنّ التحقيق في مقدار القيمة هو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الدّفع.

هل العبرة في قيمة المثل المتعذّر بقيمة يوم الدفع أو التعذّر؟ ٣: ٢٢٧ ـ ٢٢٩

قوله: وكيف كان، فلنرجع إلى حكم المسألة. ٢٢/١٠٧ ـ ٢٣

أقول: قد علم ممّا ذكرناه في الحواشي السابقة أنّ قضية الأصل وحديث «على اليد» بناء على كون العين بنفسها على العهدة مطلقاً حتّى حال التلف، هو أعلى القيم من زمان الغصب إلى حين الأداء.

أمّا الأصل ، فلرجوع الشكّ حينئذٍ إلى الشّك في المحصّل بعد العلم باشتغال الذّمّة بالعين، فاليقين بالبراءة لايحصل إلّا بالأعلىٰ.

وتوهّم أنّ المقام حينئذٍ من الأقل والأكثر ـ بملاحظة أنّ الثابت في الذّمة وإن كان هو العين إلّا أنّها منحلّة إلى أُمور ثلاثة: الحقيقة النوعية والماليّة والتشخّص، والعلم بالاشتغال بالنسبة إلى الحاشيتين تفصيلي، وأمّا بالنسبة إلى الوسط إجمالي مردّد بين الأقلّ والأكثر فيرجع إلى البراءة عن الزائد ـ مدفوع

بأنّ العلم فيه أيضاً تفصيلي؛ إذ الملاك في الماليّة هو جهات الشيء التي ينتفع بها ويرغب إليها العقلاء لا الدّرهم والدّينار المعبّر عنهما بالقيمة، ولا إجمال في هذا، إنّما الإجمال والترديد في أنّ أداء هذه الجهات إلى مالكها بعد تعذّر أداء مايشتمل عليها وهو العين بماذا يحصل من بين القيم المتعدّدة، فلابدّ من الاحتياط بأداء الأعلى لتحصيل اليقين بالفراغ.

وأمّا الثاني ، فلأنّ مفاده وجوب أداء العين إلى صاحبها على ما كانت عليه حتّىٰ بحسب الزّمان؛ لأنّه مثل المكان الذي مرّ وجوب ردّها إلى مكان الأخذ؛ لعدم صدق الأداء بدونه، فكذلك الزّمان، ولايحصل إلّا بأداء الأعلى؛ إذ في غيره لايحصل الأداء بالقياس إلى زمان ارتفاع القيمة؛ ولذا قلنا بضمان المنافع حتّى غير المستوفاة منها.

هذا، فيما إذا نشأ اختلاف القيمة من اختلاف الزّمان، وأمّا إذا نشأ من المكان؛ فإن تلفت العين في بلد الضمان فعليه قيمة البلد وإن تلفت في بلد آخر نقلها إليه ، فعليه الأعلى من بين قيمة بلد الضمان وقيم البلدان التي نقلها إليها إلى أن تلفت، فإنّ زيادة القيمة مضمونة ولو استندت إلى فعل الضامن، ومدركه الحديث الشريف أيضاً، بل الأمر هنا أوضح من كون الاختلاف في القيمة من جهة الزمان، فتأمّل وافهم.

٢٤/١٠٧ **قوله: قد عرفت من التذكرة والإيضاح مايدلّ عليه.**

أقول: يعني به ما حكاه عنهما في السابق من قولهما بأنّ المثل لايسقط بالإعواز.

٢٥/١٠٧ **قوله: ومحكيّ عن المسالك.**

أقول: قال ﴿رحمه الله﴾ في ذيل شرح قول المحقّق ـ في مسألة البيع بوصف أحد المتعاقدين: «ولو تسلّمه المشتري فتلف كان مضموناً عليه بقيمته يوم قبضه، وقيل أعلى القيم من يوم قبضه إلى يوم تلفه» ـ مالفظه: هذا كلّه في القيمي، أمّا

في المثلي يضمن بمثله، فإن تعذّر بقيمته يوم الإعواز على الأقوى. انتهى.

وفي جامع المقاصد في هذه المسألة مالفظه: ولو تعذّر المثل في المثلي فيضمن القيمة يوم التعذّر.

قوله: إلى ما تقدّم سابقاً. ٢٨/١٠٧

أقول: لا إلى مسألة الجمع بين الحقّين مع المطالبة والإجماع على أنّ المثلي يضمن بالمثل الشامل بإطلاقه صورة تعذّر المثل أيضاً؛ إذ بناءً على هذا لامحيص عن المشهور.

قوله: فوجوب الإسقاط. ٢٦/١٠٧

أقول: يعني ففيه: أنّ وجوب الإسقاط بها... إلى آخره.

قوله: توجّه القول بصيرورة التّالف قيميّاً. ٢٩/١٠٧

أقول: وعدم بقائه على المثليّة حتّى بعد التعذّر إلى زمان دفع القيمة الملازم لثبوت المثل إلى ذلك الزّمان.

قوله: لايخلو عن تحكّم. ٣٠/١٠٧

أقول: لايخفى ما فيه لما يصرّح في أواخر الصفحة بقوله: «إلّا أن يقال: إنّ أدلّة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكّن وإن لم يكن مشروطاً به عقلاً» فانحصر مدرك لزوم القيمة بمسألة الجمع بين الحقّين.

الاحتمالات في المسألة مع مبانيها ٣: ٢٢٩ ـ ٢٣٣

قوله: وإمّا أن نقول بصيرورته قيميّاً عند الإعواز. ٣٢/١٠٧ ـ ٣٣

أقول: مقتضى تشقيق هذا بقوله: «فإذا صار كذلك ـ أي قيميّاً عند الإعواز ـ فإمّا أن نقول» أن يكون مرجع الضمير المجرور بإضافة الصّيرورة والمرفوع بـ«صار» أحد الأمرين: من العين والمثل على الإجمال.

قوله: فإمّا أن نقول : إنّ المثل المستقرّ في الذمّة قيميّ. ٣٣/١٠٧

أقول: كما فهمه جامع المقاصد من قول العلّامة: «الأوّل أقصى قيمته من يوم الغصب إلى يوم التلف» حيث إنّه أرجع ضمير قيمته إلى المثل، ولازمه

صيرورة المثل قيميّاً، كما أنّ مقابله قد فهمه الشّارحان للقواعد من العبارة المذكورة على ما في جامع المقاصد؛ لأنّهما أرجعا الضمير المذكور إلى المغصوب، ولازمه صيرورة المغصوب قيميّاً.

١٠٧/٣٣ـ٣٤ قوله: بمعنى أنّه لو تلف وجب قيمته.

أقول: لا بمعنى ما لا يتساوى أفراده في القيمة. والمراد من «تلف المثل»: تعذّره.

١٠٧/٣٥ قوله: لأنّه يوم تلف القيمي.

أقول: يعني تلف المثل المنقلب إلى القيمي للإعواز.

١٠٨/١ قوله: لأنّه أوّل أزمنة وجوب المثل في الذمّة.

أقول: «الوجوب» بمعنى الثبوت، و«المستلزم» صفة له، و«عند تلفه» متعلّق بالضمان لا بالقيمة، وظرف القيمة ـ وهو زمان تلف العين واشتغال الذمّة بالمثل ـ محذوف، والضمير المنصوب بـ«أن» راجع إلى زمان تلف العين، والضمائر الثلاثة المجرورة كلّها راجع إلى «المثل».

١٠٨/٣ قوله: كان المتّجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين.

أقول: لأنّه أوّل زمان ضمان المثل بقيمته عند التلف، وآخر زمانه: زمان تلف المثل المفروض، وهو زمان إعوازه.

١٠٨/٤ قوله: بيوم الغصب كما في القيمي.

أقول: يعني بيوم الغصب: يوم القبض، ومن القيمي : القيمي بالأصالة.

قوله: بأعلى منه إلى يوم التّلف.

أقول: أي من يوم غصب العين إلى يوم تلفها بوصف كونها قيميّة وهو يوم إعواز المثل.

قوله: وإن قلنا بأنّ المشترك.

أقول: يعني أنّ المشترك بينهما صار قيميّاً عند تعذّر هذا المشترك

المتوقّف على تلف العين وتعذّر المثل ؛ لأنّ تعذّر الكلّي وتلفه لايكون إلّا بتلف جميع أفراده، والمراد من «القدر المشترك بينهما»: هو الصفات الكلّية والجهات النوعيّة والصّنفية الموجبة لماليّة الشيء؛ لأنّها الأمر المشترك الموجود في العين المثلي ومثلها.

قوله: وهذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات. ٦/١٠٨

أقول: فإنّه قال: الثالث أقصى القيم من الغصب إلى الإعواز.

قوله: واحتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب.

أقول: وجعله في القواعد رابع الاحتمالات، فإنّه قال: الرّابع أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة. انتهىٰ.

ومنه يعلم أنّ الصّواب في عبارة المصنّف أن يقول: «إلى دفع القيمة» بدل إلى «دفع المثل»، وعلى تقدير صحّة النسخة فلابدّ من الالتزام بتقدير القيمة مضافة إلى المثل، يعني: دفع قيمة المثل المفروض تعذّره.

قوله: وحاصله. ٧/١٠٨

أقول: يعني وحاصل التّوجيه المذكور: أنّ وجوب دفع قيمة المثلي الباقي مثله في الذمّة إلى يوم غرامة القيمة السّاقط بغرامتها الخارجيّة إنّما يعتبر ويلاحظ ويبتدأ بطور القهقرى من أوّل زمان وجوب قيمة المثلي وثبوته، وهو زمان الدّفع، وينتهي إلى زمان ثبوت مُبدل القيمة أعني نفس المال المثلي المغصوب، وهو زمان غصب العين، فتحصل وجوبات عديدة بعدد القيم على تقدير اختلافها في قطعات هذا الزّمان المتوسّط بين المبدأ والمنتهىٰ، فيجب الأعلى من هذه القيم، فيجب دفعه؛ لأنّ المفروض أنّ القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

فقوله: «يعتبر» بمعنى يلاحظ، والوجوب في قوله: «من وجوبه إلى وجوب مُبدله» بمعنى الثبوت، والضمير في الموضعين راجع إلى القيمة،

والتذكير ـ على صحّة النسخة ـ إنّما هو باعتبار البدل، والأحسن في التعبير: إسقاط «وجوب الدّفع»، وهو واضح.

وكيف كان، فاللازم إمّا إسقاط كلمة «منها» أو إسقاط كلمة «القيم» مع إتيان كلمة «أعلى» معرّفاً باللام، يعني اللازم أن يقول: فيجب أعلى القيم، أو يقول: فيجب الأعلى منها، ولعلّ الأمر بالفهم في آخر العبارة إشارة إلى ضعف أحد جزأي مبنى هذا الاحتمال، وهو القول بصيرورة القدر المشترك قيميّاً؛ ولذا ذكره في ذيل هذا القول، وأمّا الجزء الآخر وهو ثبوت المثل إلى زمان دفع القيمة فقد قوّاه سابقاً.

۹/۱۰۸ **قوله: حين الفعل.**

أقول: يعني حين الإسقاط.

۱۲/۱۰۸ **قوله؇: توجّه ما اختاره الحلّي.**

أقول: وهو الاعتبار بقيمة يوم تعذّر المثل وإعوازه؛ لأنّه يوم تلف العين بوصف كونه قيميّاً؛ إذ قبل هذا الزّمان كان التالف مثليّاً، وإنّما صار قيميّاً بالإعواز.

۱۳/۱۰۸ **قوله: إلى زمان الإعواز.**

أقول: لأنّه زمان تلف العين بوصف القيميّة كما مرّ.

۱۳/۱۰۸ ـ ۱٤ **قوله: إذ كما أنّ ارتفاع القيمة.**

أقول: هذا علّة لما يستفاد من تحديد الأعلائيّة، أي الارتفاع المحكوم بضمانه بكون نهايتها زمان إعواز المثل في المثلي من عدم ضمان الارتفاع، والأعلى الذي ليس نهايته تعذّر المثل بل نهايته تيسّر المثل وأدائه، ولك أن تقول: إنّه علّة لاعتبار تعذّر المثل في ضمان ارتفاع القيمة المستفاد من تقييد الأعلى بغاية الإعواز.

۱٤/۱۰۸ **قوله: مع بقاء العين.**

أقول: الظرف متعلّق بمحذوف هو صفة للارتفاع، والمتدارك بصيغة الفاعل صفة للأداء، واللام في «لارتفاع القيم» للتّعدية.

قوله كذلك بشرط.

أقول: يعني كذلك ارتفاع القيمة مع وجود المثل وتيسّره مضمون بشرط تعذّر أداء المثل في المثلي.

قوله: فإن قلنا إنّ تعذّر المثل. ١٥/١٠٨

أقول: هذا تفصيل لقوله : «فاستقرار ارتفاع القيم».

هل يختصّ التعذّر بالطارئ أو يشمل الابتدائي أيضاً؟ ٣: ٢٣٤ـ٢٣٥

قوله: في بعض أزمنة التّلف. ٢٠/١٠٨

أقول: يعني تلف العين، والظّرف متعلّق بالتيسّر.

قوله: يتعيّن حينئذٍ.

أقول: أي حين تعذّر المثل ابتداءً.

قوله: أدلّة وجوب المثل. ٢٣/١٠٨

أقول: يعني ثبوته في الذّمة.

قوله: وفيه تأمّل. ٢٥/١٠٨

أقول: وجه التّأمّل أنّ عدم تنجّز التكليف بالمثل عليه لاينافي وجود التكليف به مشروطاً بوجوده، ومعلوم أنّ لازم هذا أنّه متى وجد المثل لزمه أداؤه.

المراد من «إعواز المثل» ٣: ٢٣٥ـ٢٣٦

قوله: أن لايوجد في البلد وما حوله.

أقول: فعلى هذا التّحديد لايعتبر التّعذّر والتّعسر في تحصيل المثل في الانتقال إلى القيمة.

قوله: تعيّن ما عن جامع المقاصد. ٢٨/١٠٨

أقول: نعم، ولكن مع إحراز استناد المجمعين إلى ماعدا حكم العقل بسقوط التكليف بأداء المثل عند التّعذّر العقلي بالمقدار الذي تعذّر فيه

الامتثال، وهو القدر الجامع بين التّالف وبين ماعداه من الأفراد وبقائه بالنسبة إلى جهة الماليّة، وأنّى له بإحرازه؟

٢٩/١٠٨ **قوله: كان المتيقّن الرّجوع.**

أقول: يعني كان المتيقّن في رفع اليد عن عموم دليل السّلطنة الرّجوع إلى الأخصّ... إلى آخره.

٣١/١٠٨ **قوله: إشكال من حيث إنّ العبرة.**

المعيار في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه ٣: ٢٣٦

أقول: يعني أنّ العبرة في تقويم المثل.

لايخفى عليك أنّه بعد البناء على قيمة معيّنة في المسألة ـ قيمة يوم التّعذّر أو يوم المطالبة أو يوم الدّفع أو غير ذلك ـ لايبقى مجال لهذا الإشكال والترديد، بل يتعيّن أنّ العبرة بفرض وجوده في ذلك اليوم الّذي بنى على اعتبار قيمة ذلك اليوم، وهو يوم معيّن لا ترديد فيه، فتدبّر.

٢/١٠٩ **قوله: ثمّ إنّك عرفت.**

هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة أو التلف أو أعلاهما؟ ٣: ٢٣٧ ـ ٢٣٨

أقول: يعني في آخر المسألة الخامسة.

٢/١٠٩ـ٣ **قوله: وأمّا مع تعذّره وكون قيمة المثل.**

أقول: ما ذكره من الوجوه في الصورة المفروضة مختصّ بصورة نقل العين من مكان القبض، وأمّا مع عدمه فقيمة مكان الأخذ متعيّنة، ولا أثر من هذه الوجوه في كلمات الأصحاب.

هذا، مع أنّ قيمة بلد المطالبة ليست طرف الملاحظة الأعلائيّة، وإنّما طرفه قيمة بلد النّقل، فلابدّ من تقييده الصّورة المفروضة بصورة النّقل، وتبديل قيمة المطالبة بقيمة بلد النّقل.

٣/١٠٩ **قوله: وفصّل الشيخ.**

أقول: كلامه ﷺ من جهة اختصاصه بصورة وجود المثل في بلد التّلف وبلد المطالبة لا ربط له بمسألة تعذّر العين وتعذّر المثل، فكان الأنسب نقل

ذلك في ذيل الفرع المتقدّم في الأمر الخامس، قبال قول الحلّي والعلّامة والفخر والشهيد القائلين بجواز مطالبة المثل عند التمكّن منه مطلقاً، كما صنعه في الجواهر على ما يظهر منه.

قوله: ويمكن أن يقال: إنّ الحكم. ٦/١٠٩

أقول: خبر «إنّ» قوله: «لانصراف العقد».

إذا اسقط المثل عن الماليّة ٣ : ٢٣٨

قولهﷺ: بل المتعيّن هو الأوّل. ٨/١٠٩

أقول: الأمر كما ذكره، وقد مرّ غير مرّة أنّ مقتضى القاعدة أعلى القيم زماناً ومكاناً أيضاً على تقدير النقل، فلايصغى إلى غيره ممّا قيل أو احتمل.

قوله: ويحتمل آخر مكان أو زمان. ٩/١٠٩

أقول: في العبارة استخدام ، يعني سقط المثل فيما بعده من الماليّة.

لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة ٣: ٢٣٩

قوله: فالظّاهر عدم عود المثل به.

أقول: يمكن أن يقال بالعود على المختار من كون نفس المقبوض على العهدة حتّى في حال التّلف، وأنّ المثل والقيمة كليهما[1] أداء له، غاية الأمر بطور الترتّب، بأن يقال: إنّ كون إعطاء القيمة أداء كما يتوقّف على عدم المثل ابتداءً وحدوثاً كذلك يتوقّف عليه استدامة وبقاء.

وبالجملة: حال المثل حال الأصل، فكما لابدّ من دفع الأصل مع التمكّن منه كذلك المثل؛ لاشتراكهما في العلّة، وهو أنّ اللازم على الضامن إعطاء أُمور ثلاثة: الحقيقة النّوعيّة والماليّة والتشخص، فكما أنّ كفاية إعطاء الأوّلين وكونه أداء إنّما هو ما دام لم يتمكّن من إعطاء الثالث أيضاً بإعطاء نفس المال المضمون، فكذلك كفاية الثاني فقط مادام لم يتمكّن من إعطاء الأوّل أيضاً بإعطاء المثل ، فكلّ ما يمكن جمعها أو جمع الأوّلين منها فلابدّ منه ولايكفي غيره حدوثاً وبقاءً.

---

(١) في الأصل: كلاهما.

ومن هنا ظهر أنّ القول بعود المثل لايتوقّف على جعل المثل أصلاً بعد تلف الأصل كما زعمه بعض المحقّقين.

نعم لو شكّ في كون دفع القيمة أداء مالم يتمكّن من دفع المثل فالمرجع استصحاب ارتفاع الاشتغال الحاصل بدفع القيمة حين تعذّر المثل؛ بناء على حجّيته في الشّك في المقتضي، وأمّا على العدم فالمرجع استصحاب الاشتغال؛ لأنّ الشّك بالأخرة في ارتفاع الاشتغال بدفع القيمة، فيجب دفع المثل أيضاً لتحصيل اليقين بالبراءة عمّا ثبت الاشتغال به، وهو الأصل.

[٧ ـ ضمان القيمي بالقيمة]

ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد والدليل عليه ٣: ٢٤٠ـ٢٤١

١٣/١٠٩ **قوله: السابع لو كان التالف قيميّاً.**

أقول: أمّا الموضوع وهو القيمي فقد مرّ أنّه عبارة عن ما يكون مدار ماليّته على الجهات الشخصيّة، وأمّا الحكم وهو وجوب دفع القيمة عند التلف، فلا إشكال فيه؛ إذ قد مرّ أنّ الضمان حقيقة عرفيّة فيرجع في كيفيّته إلى العرف، وقد تقدّم أنّ كيفيّته عندهم في القيمي دفع القيمة، بمعنى تحقّق الأداء الرّافع للضّمان به عندهم، وهذا هو السّرّ في الإجماع بل في الأخبار أيضاً، حيث إنّها امضاء لحكم العرف.

١٤/١٠٩ **قوله: فلا حاجة إلى التمسّك بصحيحة أبي ولّاد.**

أقول: حتّىٰ يُستشكل عليه بأنّها ظاهرة في ضمان القيمي بالمثل بالتّقريب الذي يأتي إليه الإشارة في كلام المصنّف رحمه الله عند تكلّمه في الفقرة الأُولىٰ من محلّ الاستشهاد منها بقوله: «لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن» حتّىٰ توهّم الرّواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل والقيمة إنّما هي قيمة المثل.

قوله: ولا بقوله: «من أعتق شقصاً».

أقول: كي يستشكل عليه بأنّه لعلّه تعبّد صرف لتغليب جانب

الحريّة، فتأمّل.

قوله: بل قد عرفت. ١٥/١٠٩

أقول: هذا هو الوجه في المسألة كما ذكر؛ إذ ما ذكره بقوله: «إلّا أنّ المتيقّن» ممنوع لعدم تفرقة العرف في القيمي بالمعنى المذكور بين تيسّر المثل وتعذّره.

استظهار الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة مع تيسر المثل ٣: ٢٤١

قوله: فالمرجع إلى قوله: هو الإجماع. ١٦/١٠٩ ـ ١٨

أقول: بل المرجع هو العرف وهو المدرك في الإجماع.

لو تيسير المثل في جميع الجهات ٣: ٢٤١ ـ ٢٤٣

قوله: وعلى تقديره. ١٨/١٠٩

أقول: يعني على تقدير كون المرجع في صورة تيسّر المثل هو الإجماع، ففي شمول الإجماع لصورة التيسّر من جميع الجهات تأمّل.

قوله: فقد حكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي. ٢٠/١٠٩

أقول: نسبة الخلاف أي القول بضمان المثل في القيمي أيضاً إلى الإسكافي في غير محلّها؛ لأنّ عبارته المحكيّة عنها على ما مرّ نقلها هكذا: «إن تلف المغصوب دفع قيمته أو مثله إن رضى صاحبه» ولا دلالة فيه إلّا على أنّ المغصوب مطلقاً ولو المثلي أو خصوص القيمي بأن يريد من المغصوب خصوص هذا مضمون بالقيمة ابتداءً، ودفع المثل يحتاج إلى رضا المالك، وأين هذا من القول بضمان القيمي بالمثل الذي هو محلّ الكلام؟

قوله: والشرائع في باب القرض.

أقول: لكنّه في الغصب صرّح بضمان القيمة في القيمي.

قوله: فيردّه إطلاق الروايات الواردة. ٢٢/١٠٩

أقول: الدّالّة علىٰ وجوب القيمة في القيمي الواردة، هل فيه وجه ردّ إطلاقها ما ذكره من الفرض واضح؛ لأنّ صورة التعذّر للمثل هو القدر المتيقّن من إطلاقها ولو لأجل الغلبة، ومع ذلك حكم فيها بضمان القيمة في القيمي.

٢٤/١٠٩ **قوله: لأنّ خصوصيّات الحقائق قد تقصد.**

أقول: هذا علّة للضّرر.

٢٥/١٠٩ **قوله: ولو من جهة أنّ ظاهر كلمات هؤلاء إطلاق القول.**

أقول: يعني بالمشار إليه الإسكافي والشيخ والمحقّق قدّس سرّهم، والمراد من إطلاق قولهم بضمان المثل: هو الإطلاق الشامل لصورة تعذّر المثل وتيسّره.

هذا ولا يخفى أنّه لا وجه لظهور كلماتهم في الإطلاق المذكور بعد كون مرادهم خصوص تيسّر المثل كما هو المفروض، فمرجع ما ذكره إلى الخلف والتناقض.

ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد؟ ٣: ٢٤٣ ـ ٢٤٤

قوله: ثمّ إنّهم اختلفوا في تعيين القيمة.

أقول: قد تقدّم أنّ الأقوىٰ هو الأعلى من زمان الأخذ إلى زمان الأداء.

٢٨/١٠٩ ـ ٢٩ **قوله: حتّى يكون عند التّلف كأنّه لم يتلف.**

أقول: لا يكفي هذا المقدار، بل لابدّ من تداركه على نحو كأنّه لم ينقطع عنه سلطنة المالك في زمان من الأزمنة، ولا يكون هذا إلّا بالتزام مال معادل له في جميع الأزمنة يقوم مقامه وهو أعلى القيم؛ إذ بدفع غيره لا يكون بالنّسبة إلى زمان الارتفاع كأن لم يؤخذ منه ولم ينقطع عنه سلطنته، فالأصل في ضمان التّالف القيمي والمثلي المتعذّر مثله ضمانه بالأعلى، فإن خرج شيء منه ـ كالمغصوب لو قلنا به ـ فبدليل خارج.

هذا، بناء على كون نفس العين على العهدة في كلتا حالتي البقاء والتّلف كما قوّيناه، وأمّا بناء على مختار المصنّف من كون القيمة على العهدة عند التلف في القيمي فالحقّ ما ذكره، فتأمّل.

الأصل ضمان التالف بقيمة يوم التلف ٣: ٢٤٤

٢٩/١٠٩ **قوله: وممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل في الضّمان.**

أقول: يعني من كون معنى الضمان ما ذكره ظهر أنّ الأصل في ضمان التّالف مطلقاً في البيع الفاسد والغصب والمقبوض بالسّوم وغيرها، يعني:

التّالف القيميّ؛ إذ مختاره في المثليّ المتعذّر مثله قيمة يوم الدّفع.

قوله: فإن خرج المغصوب.

أقول: بأن حكم فيه بضمان قيمة يوم الغصب مثلاً.

قوله: ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه. ١٠٩/٣٠ ـ ٣١

أقول: فيكون المقبوض بالعقد الفاسد مثل المغصوب خارجاً عن الأصل المذكور لو كان الحكم في المغصوب على خلاف هذا الأصل كما ذكرناه.

قوله: بل يمكن أن يقال. ١٠٩/٣١

أقول: غرضه من ذلك إلحاق المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب مع قطع النظر عن الاتّفاق الذي ادّعاه الحلّي على كون الأوّل بمنزلة الثاني، فيكون هذا حينئذٍ ترقّياً عن قوله: «نعم لو تمّ»، فيكون استدراكاً عمّا قبل قوله: «نعم» من ضمان المبيع فاسداً بقيمته يوم التّلف.

والفرق بين مابعد كلمة «بل» وبين ما قبلها ـ مضافاً إلى ما ذكر ـ أنّ مفاد ما قبلها إلحاق خصوص المقبوض بالعقد الفاسد من بين موارد الضمان بالمغصوب بواسطة الإجماع المذكور، فيبقى ماعداه منها تحت الأصل المزبور، ومفاد ما بعدها إلحاق تمام موارد الضمان بالمغصوب.

ومرجع هذا إلى دعوى انقلاب الأصل المذكور إلى أصل ثانويّ آخر، وهو الضمان بقيمة يوم الضمان، والقبض في جميع موارد الضمان لو ثبت أنّ الضمان بقيمة يوم الغصب في الغصب، وإلّا فلو اختصّ هذا الحكم بالغصب، وكان الحكم في غيره ـ ومنه المقبوض بالعقد الفاسد ـ هو ما ذكره أوّلاً من الضمان بقيمة يوم التلف، للزم أن يكون الغاصب أحسن حالاً من غير الغاصب في فرض المتن، من كون قيمة التالف يوم التلف أضعاف قيمته يوم القبض، والأخذ لكون خسارة الغاصب أقلّ من غير الغاصب، وهو باطل بالضرورة.

الاستدلال بصحيحة أبي ولّاد على أن العبرة بقيمة يوم الضمان ٣: ٢٤٥

٣٢/١٠٩ **قوله: إذ يلزم حينئذٍ.**

أقول: هذا علّة للكشف. و«حينئذٍ» أي حين إذ ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب، يعني: إذ لو لم يكشف عن عدم الاقتضاء المذكور يلزم في فرض ثبوت اعتبار قيمة يوم الغصب في المغصوب أن يكون ... إلى آخر ما ذكره الذي مرّ شرحه.

٣٣/١٠٩ **قوله: لما ذكرنا من أن.**

أقول: هذا علّة لـ«يلزم» وبيان لوجه اللزوم.

٣٤/١٠٩ **قوله: على مقتضى التدارك.**

أقول: الجارّ متعلّق بالزائد.

قوله: فالمهمّ حينئذٍ.

أقول: أي حين إذ يتفاوت مقتضى الأصل في باب الضمانات بتفاوت معنى الصحيحة؛ حيث إنّ مفادها لو كان الضمان بقيمة يوم الضمان في موردها ـ وهو المغصوب ـ لكان كذلك في جميع موارد الضمان التي منها المقبوض بالعقد الفاسد بالتقريب الذي ذكره بقوله: «بل يمكن أن يقال» على ما شرحناه.

ولو كان مفادها الضمان بأعلى القيم في موردها لكان الأصل في ضمان التّالف القيميّ هو الضمان بقيمة يوم التلف، كما ذكره بقوله: «وممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل»، وإنّما خرج عن ذلك الغصب للصّحيحة الدّالّة علىٰ ضمان المغصوب بأعلى القيم على الفرض، فيبقى الباقي ومنه مورد العقد الفاسد تحته، إلّا إذا تمّ إجماع الحلّي على التنزيل فيلحق به.

صحيحة أبي ولّاد على ما رواه الشيخ ٣: ٢٤٥ ـ ٢٤٧

٢/١١٠ **قوله في الرواية: «إلى قصر بني هبيرة».**

أقول: هبيرة من عمّال بني أُميّة في آخر دولتهم. في مرآة العقول للمجلسي ﴿ما لفظه: وقال في المغرب: قصر ابن هبيرة على ليلتين من الكوفة، وبغداد منه على ليلتين. انتهىٰ.

وقال بعض: إنّ ذاك القصر واقع في غربيّ الحلّة في مكان كانت تسمّى بالجربوعيّة، وتسمّى فعلاً بالهاشميّة، ولم يبق بالفعل منه شيء بل صار تلّاً هناك.

وقال ذاك البعض: إنّه بعيد عن الكوفة بما يقرب بأحد عشر فرسخاً.

وفي رواية أُخرىٰ لأبي ولّاد الواردة في حدّ المسير الذي يجب فيه القصر أنّه من الكوفة على نحو عشرين فرسخاً، ولاينافي هذا ما نقله البعض المذكور، وما عن المغرب؛ لأنّه تحديد له بغير طريق الماء، وهذا تحديد له بطريق الماء، ويمكن الاختلاف بين الطريقين، فعن أبي ولّاد: «قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنّي كنت خرجت من الكوفة في سفينة إلى قصر بني هبيرة وهو من الكوفة على نحو من عشرين فرسخاً في الماء». انتهىٰ موضع الحاجة من الرواية، وهي طويلة مذكورة في الوافي قبل باب «متى يشرع المسافر في التقصير أو يعود إلى التمام» بأقلّ من صفحة، والعلم عند الله تعالىٰ.

قوله في الرواية: أنّ صاحبي توجّه إلى النيل. ٢/١١٠

أقول: مراده من «الصاحب» هو الغريم وقد تقدّم في السابق بيان المراد من النيل.

قوله: فتراضيا بأبي حنيفة. ٤/١١٠

يعني بقضائه في القضيّة كما يرشد إليه قوله عليه السلام في الذّيل: «في مثل هذا القضاء»، فلا معنى لاحتمال إرادة التراضي بالاستفتاء منه والعمل بفتواه، ولاينافيه قوله: «فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة»؛ لأنّ القضاء وفصل الخصومة في الشبهات الحكميّة كما في مورد الرواية إنّما يكون بالفتوىٰ.

قوله: في الرواية: «وسقط الكرى». ٦/١١٠

في مرآة العقول: ذهب أبو حنيفة إلى أنّه إذا تعدّى في شيء ذهب الضّمان بالأجر؛ لأنّه يقول: يملكها ـ أي العين ـ بالضمان، وخالفه الشافعي في

ذلك، وهذا الحكم منه لعله مبنيّ على هذا الأصل. انتهىٰ.

ويمكن أن يكون نظره فيما ذهب إليه النبوي: «الخراج بالضّمان».

٨/١١٠ **قولهعليه السلام: «عليك مثل كري البغل».**

أقول: في الإضافة قلب، يعني: كرى مثل البغل؛ إذ لا يتصوّر للكرى الكلّي مثل بخلاف البغل المعهود الخارجي؛ فإنّ له مثلاً، فحينئذٍ يكون الثابت على الغاصب أُجرة المثل.

وفي نسخة خطّية من الكافي عليها آثار التصحيح: «كرى بغل» بدون اللّام، ويأتي فيما بعد أنّ المراد منه أيضاً هو البغل المعهود المتعلّق للإجارة بدعوى أنّ تنوينه ليس للتّنكير، بل عوض عن الضمير المضاف إليه البغل الرّاجع إلى صاحب البغل.

ثمّ إنّ الإمامعليه السلام فرّق في الذّهاب والإياب بأن أثبت أُجرة المثل في الإياب من بغداد إلى الكوفة، وأمّا في الذّهاب فقد أثبت أُجرة المثل من الكوفة إلى النيل، وأُجرة المثل من النيل إلى بغداد.

ولعلّ الوجه فيه: هو تعدّد المقصد في الذهاب دون الإياب، ولا يخفى أنّ تعدّد المقصد الموجب لتعدّد الإجارة له دخل في زيادة الإجارة؛ لوضوح أنّ الكراء من النجف إلى كربلاء، ثمّ الكراء من كربلاء إلى بغداد بإجارة أُخرىٰ يكون أزيد من الكراء من النجف إلى بغداد وصلةً واحدة بإجارة واحدة، فهوعليه السلام تحفّظاً على ملاحظة هذه الزّيادة في طرف الذّهاب قسّم المسافة إلى قطعتين بحسب قصد المسافر؛ حيث إنّه قصد أولاً قطع القطعة الأُولى ثم بعد قطعها حدث له القصد إلى قطع القطعه الأُخرىٰ، وأثبت لكلّ منهما كرىً على حدة.

١٠/١١٠ **قولهعليه السلام: «نعم قيمة بغل».**

أقول : في النسخة المصحّحة الخطيّة من الوافي، وكذلك في النسخة

المطبوعة منه، وفي نسخة خطّية من الكافي، وفي إجارة الحدائق وبيعه: «قيمة البغل» بلام التّعريف، وعليه لا مجال لما أتعب المصنّف فيه نفسه الزّكية، وعلى تقدير عدم اللّام فيمكن أن يقال: إنّ التنوين فيه عوض عن المضاف إليه المحذوف أي بغله، فيكون حينئذٍ إسقاط اللّام لأجل إضافته إلى الضمير المحذوف لا إلى «اليوم» كما يدلّ عليه بعض فقرات عبارة المصنف.

ويحتمل أن يكون سقوطها مع عدم إضافته إلى «اليوم» لأجل الاستغناء عن اللّام، بجعل «اليوم» من قيود البغل، إمّا بجعله صفة له، أي: البغل الكائن في يوم خالفته، أو حالاً منه، أي: بغل حال كونه في يوم خالفته، وهو منحصر في ذلك البغل الخاصّ الّذي أكتراه، والحال من المضاف إليه لابأس به فيما إذا كان المضاف مثل الجزء من المضاف إليه، فإنّ القيمة مثل الجزء من البغل، كما في قوله تعالىٰ: ﴿بَل مِلَّةَ إبراهيمَ حَنيفاً﴾[1]، كما لا بأس به فيما إذا كان جزءاً منه أو كان المضاف عاملاً في الحال، قال ابن مالك:

ولاتُجز حالاً من المضاف له — إلّا إذا اقتضى المضاف عمله
أو كان جزء ماله أضيفا — أو[2] مثل جزئه فلا تحيفا

قوله: أرأيت لو عطب البغل أو نفق. ١٠/١١٠

أقول: عطب كفرح: هلك، وعطب البعير والفرس: انكسر.

ونفق الرّجل والدّابة نفوقاً: ماتا.

والظاهر أنّ المراد من العطب هنا هو الهلاك، لا الكسر المجرّد عن الهلاك؛ لأنّه سأل عنه ثانياً بقوله: «فإن أصاب البغل عقر أو كسر»، وحينئذٍ لعلّ الفرق بينه وبين النفوق أنّ المراد من العطب الموت بسبب الكسر ونحوه، ومن النفوق هو الموت بحتف الأنف.

---

(١) البقرة: ١٣٥. وفي الأصل: «بل نتّبع ملة...».
(٢) كذا في الألفية، وفي الأصل: وكان.

قوله في الرواية: فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر.

أقول: في الوافي: فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمر[1]. وقال في بيانه: الدّبر ـ بالتّحريك ـ: قرحة الدّابّة، والغمر: العطش.

وفي حاشيته والظاهر أنّها من المصحّح: غمز، في نسخ الكافي التي رأيتها بالمعجمة والزّاء ولعلّه الصّواب.

وفيها: أيضاً عن غمرت الدّابة من رجلها وهو عرجٌ ضعيف. انتهىٰ.

وعليه يكون معنى الغمز: العَرَج الضعيف، وهو أنسب من الغمر بمعنى العطش، وكذلك العقر بمعنى الجرح أنسب منه أيضاً.

١١٠/١٣ **قوله: الخبر.**

أقول: ذيل الخبر أنّه قال أبو ولّاد: «فلمّا انصرفت من حجّتي ذلك لقيت المكاري، فأخبرته بما أفتى به أبو عبدالله عليه السلام وقلت له: قل ماشئت حتّى أعطيكه، فقال: قد حبّبت إليّ جعفر بن محمّد عليه السلام ووقع له في قلبي التفضيل وأنت في حِلٍّ، وإن أحببت أن أردّ عليك الّذي أخذته منك، فقلت: لا». انتهى الخبر، وفيه إشعار باستبصار المكاري.

قوله: ومحلّ الاستشهاد فيه.

محلّ الاستشهاد في صحيحة أبي ولاد ٣: ٢٤٧ ـ ٢٤٨

أقول: يعني محلّ الاستشهاد في الخبر على كون العبرة بقيمة يوم الغصب، ومحلّ استظهار ذلك منه: الّذي ادّعاه سابقاً بقوله: «كما هو أي اعتبار يوم الغصب ظاهر صحيحة أبي ولّاد الآتية. انتهى» فقرتان.

١١٠/١٤ ـ ١٥ **قوله: فيكون إسقاط اللّام من «البغل» للإضافة.**

أقول: ظاهر هذا التّعبير أنّ البغل مضاف إلى «اليوم» فيكون «اليوم» قد أُضيف إليه أمران: «البغل» و«القيمة»، لكن ينافيه تفريع هذا على سابقه؛ إذ ليس في العبارة السّابقة من إضافة البغل إلى اليوم أثر؛ إذ الظاهر منها إضافة

---

(١) بالغين المعجمة والراء المهملة. (المؤلف).

القيمة مرّتين: مرّة أُولى إلى البغل، ومرّة ثانية إلى اليوم، والالتزام بحذف وصف البغل فيها بحيث يكون التقدير: البغل المضاف إليه أوّلاً إليه ثانياً، كما ترىٰ ممّا لا شاهد عليه، فلابدّ أن يكون المراد من الإضافة في التفريع إضافة القيمة إلى اليوم.

والوجه حينئذٍ في صحّة تعليل إسقاط حرف التعريف بتلك الإضافة خلوّها عن الفائدة معها؛ لأنّ فائدتها هنا الإشارة إلى البغل الخارجي الواقع عليه الإجارة، وهي حاصلة بالإضافة؛ ضرورة انحصار بغل مقوّم بقيمة يوم تحقّق فيه مخالفة المخاطب إيّاه في البغل الخاصّ الخارجيّ، فمع إضافة القيمة إلى اليوم يكون إدخال اللّام على البغل لغواً بلا فائدة، وحينئذٍ يصحّ التّفريع وتسلّم العبارة عمّا يرد عليها؛ بناء على الالتزام بحذف وصف البغل من كون الشيء الواحد مضافاً إليه الأمران وقيداً لهما.

وهو على فرض إمكانه بعيد جدّاً؛ لكنّه توجيه ركيك بحيث إنّ الالتزام بالإيراد أولى منه، فيجعل ظاهر التفريع قرينة على المراد من العبارة السابقة، وأنّ قوله: «ثانياً» فيها قيد لقوله: «إليه» لا لإضافة القيمة بمعنى المضافيّة، فيكون التّعدد في كون اليوم مضافاً إليه، ولايكون ذلك إلّا بإضافة البغل إليه أوّلاً، لا في مضافيّة القيمة، ولا حاجة حينئذٍ إلى تقدير وصف للبغل، لكن التصرّف في العبارة السابقة بهذا التصرّف ركيك أيضاً غاية الرّكاكة.

ولايخفى أنّ هذا الابتلاء كما أشرنا إليه إنّما نشأ من كون البغل في الرّواية خالياً عن لام التّعريف، وأمّا إذا كان معها ـ كما في الوافي والحدائق ـ فلا حاجة إلى هذه المتعبة العظيمة.

ومرّ أيضاً احتمال أن يكون ترك اللّام لأجل إضافة البغل إلى الضمير المحذوف المعوّض عنه بالتنوين، أو لأجل الاستغناء عنها بجعل يوم خالفته صفةً له أو حالاً عنه.

١١٠/١٥ **قوله: وإمّا بجعل اليوم قيداً لاختصاص.**

أقول: يشكل هذا بأنّه معنىً حرفيّ غير قابل للتّقييد؛ لأنّ التّقييد لابدّ فيه من ملاحظة المقيّد بالاستقلال، وهو مناف لحرفيّة المعنىٰ، فتأمّل.

وكيف كان، فعلى هذا الوجه لايكون البغل مضافاً إلى اليوم حتّى يقال: إنّه كان معرّفاً بلام العهد الخارجي، وإنّما سقط اللّام لأجل الإضافة، فلابدّ أن يكون منكّراً، وعليه توهم الرواية مذهب من جعل القيميّ مضموناً بالمثل، وجَعَلَ القيمة قيمة المثل، فتدبّر؛ إذ مرّ منع كونه نكرة أيضاً.

١١٠/١٦ **قوله: فبعيد جدّاً.**

أقول: لا بعد فيه فضلاً عن عدم إمكانه كما يأتي فيما بعد.

١١٠/١٧ **قوله﴿﴾ : لأنّ السائل إنّما سأل عمّا يلزمه.**

أقول: التعليل عليل؛ إذ لا دلالة لقوله: «أرأيت لو عطب» على كون السّؤال عمّا يلزمه بعد العلم بأصل اللّزوم، ألا ترى أنّ قولك: أرأيت لو مات زيد، أليس يقسّم أمواله بين ورثته؟ لا دلالة فيه على كون السّؤال عن كيفيّة القسمة، ومقدار مايصل إلى كلّ منهم بعد العلم بأصل القسمة، بل السّؤال فيه عن أصل القسمة، وفي المقام عن أصل الضّمان ولا أقلّ عن احتماله، بل الظاهر ذلك، ويظهر وجهه من شرح هذه الجملة، فلايكون تعلّق الظّرف بـ«نعم» من قبيل غير الممكن، ولا ممّا لايساعد عليه التّركيب اللّغوي والمتفاهم العرفي.

نعم يرد عليه أنّ «نعم» بعد السّلب يقوم مقام السّلب لا الإيجاب عكس «بلىٰ»، وما قبله هنا سلب، فيلزم أن يكون قائماً مقام قوله: لايلزمك، لا في مقام قوله: يلزمك؛ ولذا ورد أنّه لو قالوا: نعم، بعد قوله تعالىٰ: ﴿أَلَستُ بربّكم﴾[1]، لكفَروا.

وعلى هذا الذي هو الحقّ، فالّذي ينبغي أن يقال في شرح هذه الفقرة: أنّه

---

(١) الأعراف: ١٧٢.

لمّا كان السّائل قد فهم من حكم أبي حنيفة بسقوط الكراء في الواقعة المستند فيه على الظّاهر إلى قوله صلى الله عليه وآله: «الخراج بالضّمان»، بناء على كون المراد من الخراج هو المنفعة كما فهموه، وإن كان قابلاً للمناقشة فيه بما مرّ الكلام فيه في السّابق، تحقّق الملازمة بين الضمان بقيمة البغل وبين سقوط كراه بعد زمان المخالفة والغصب، حصل له بواسطة فهمه ذلك وسوسة وشكّ بعد حكم الإمام عليه السلام بلزوم الكرى في ذلك في أنّ الملازمة باقية، غاية الأمر بعكس ما فهمه من فتوى أبي حنيفة، فيثبت الكرى وينتفي الضّمان، أو لا ملازمة بينهما أصلاً ولو بطور العكس بأن يكون الخراج للمالك والتّلف عليه عكس ما أفتى به أبو حنيفة من أنّ الخراج للغاصب والتّلف عليه.

فلأجل رفع هذا الشّك والوسوسة سأل الإمام عليه السلام: بأنّه أرأيت لو عطب أو نفق أليس كان يلزمني ـ يعني البغل ـ بقيمته بعد موته؟ فأجابه عليه السلام ورفع شكّه بأنّ الملازمة علىٰ تقدير ثبوتها إنّما هي بين سقوط الكرى بعد المخالفة وبين ثبوت ضمان القيمة بطور التنجيز في ذلك الوقت، لا بينه وبين ثبوته فيه بطور التعليق على التلف الموجب لعدم اشتغال ذمّة الضامن بها قبل التلف اشتغالاً فعليّاً كما فهم السّائل ذلك، أي الضمان بطور التعليق على التلف من قول أبي حنيفة: «فخالف فضمن القيمة» بقرينة قوله في السؤال: «أرأيت لو عطب» حيث علّق اللّزوم على التّلف لا على مجرّد المخالفة، فيدلّ على أنّه فهم من قول أبي حنيفة: «فخالف فضمن قيمة البغل وسقط الكرى»، سقوط الكرى فعلاً وثبوت القيمة واشتغال الذّمّة بها تعليقاً، فتأمّل.

ولا بينه وبين كون نفس العين على العهدة إلى زمان الاداء مطلقاً كما اخترناه وبنينا عليه، يعني: لا يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة منجّزاً حتّى يوجب سقوط الكرى، بل يلزمك ويثبت في ذمّتك تلك القيمة يوم التلف، أو يلزمك نفس البغل مطلقاً حتّى بعد التلف إلى زمان الأداء ولو بالقيمة، ولزوم هذا

أو ذاك لايوجب سقوط الكراء قبل التلف.

فعلى ما ذكرنا تخرج الفقرة عن قابليّة الاستشهاد بها؛ لعدم التعرّض فيها حينئذٍ على القيمة وتعيينها، فيرجع إلى القواعد ومقتضاها كما مرّ غير مرّة، هو الضمان بأعلى القيم من يوم المخالفة إلى يوم التلف مع قيمة أعظم منافعه لو كان التلف سماويّاً أو غير مستند إلى الغاصب، وهو الرّكوب في مورد الرواية.

ثمّ إنّ الرواية متضمّنة لجملة من الفوائد:

منها: الضمان بالمنفعة المستوفاة.

ومنها: ضمان التفاوت بين الصحّة والفساد.

ومنها: إذا خالف المستأجر بترك الاستيفاء للمنفعة المستأجرة واستيفاء منفعة أُخرى مضادّة لها من أوّل الأمر سقطت الأُجرة المسمّاة واستحقّ مالك العين المستأجرة أُجرة مثل المنفعة المستوفاة؛ حيث إنّ الظاهر من الرّواية سؤالاً وجواباً أنّ ما أفتى به عليه السلام بقوله عليه السلام: «أرى له عليك مثل كرى بغل (البغل)» أنّه تمام ما له عليه لا أنّه بعض ماله عليه وبعضه الآخر الأُجرة المسمّاة.

والظاهر من قوله: «فلمّا صرت قرب قنطرة الكوفة» وقوله: «فتوجهت نحو النّيل» أي صرفت وجهي من طرف قصر ابن هبيرة إلى طرف النيل الغير المسامت للقصر، بانضمام ملاحظة كون قنطرة الكوفة قريبة من الكوفة جدّاً، أنّه لم يقطع من الطريق المشترط شيئاً، ولم يستوفِ ممّا استؤجر البغل له شطراً أصلاً، ومن هنا ظهر شرح ما قال المجلسي رحمه الله من أنّ الظاهر أنّه لمّا خالف ولم يقطع من الطريق المشترط شيئاً، كما ظهر من أوّل الخبر، لم يستحقّ من المسمّى شيئاً وانتقل إلى أُجرة المثل. انتهىٰ.

ولازم ذلك بطلان الإجارة، والسّرّ في ذلك أنّ مورد الإجارة هو المنفعة الخاصّة بشرط ويعتبر في صحّة الإجارة حدوثاً وبقاءً إمكان الانتفاع بمتعلّق

الإجارة في ملك المنفعة التي صارت مورد الإجارة، فلايصحّ بدونه، ولا فرق في عدم إمكانه بين كونه من غير جهة المستأجر أو من جهته، كما إذا صار سبباً لغور ماء الأرض التي استأجرها للزّراعة، ومن المعلوم أنّه لايمكن الانتفاع بالعين بمنفعة خاصّة مع فرض الانتفاع بها بمنفعة مضادّة لها. فما أفتى به سيّدنا الأُستادﷺ في إجارة العروة ومزارعته من استحقاق صاحب العين المستأجرة أُجرتين: الأُجرة المسمّاة بسبب العقد، وأُجرة المثل بسبب التّعدي، اشتباه منهﷺ، فافهم.

ومنها: سقوط ما صرفه الغاصب للعين المغصوبة وعدم رجوعه بعوضه إلى المالك.

ومنها: أنّ المعتبر في ترتّب أثر الخروج عن العهدة على إحلال صاحب الحقّ أن يكون الدّاعي له إليه أمراً واقعيّاً لا الأعمّ منه ومن الأمر الاعتقاديّ وإن خالف الواقع، وهذا الأخير ينفتح منه أبواب في الفقه، فتدبّر.

صحيحة أبي ولاد على ما رواه الشيخ ٣: ٢٤٥ـ٢٤٧

قولهعليه‌السلام: في الرواية: «أنت وهو». ١١/١١٠

أقول: قد أسقطعليه‌السلام بعد ذلك صورة التوافق، يعني فإن اتّفقتم على التّفاوت، فاللّازم عليك هذا، وإن تنازعتم فيه لأجل التنازع في قيمته حال الصحّة، فإمّا أن يحلف هو على إثبات مايدّعيه من قيمة الصحيح فيلزمك التفاوت بينها وبين قيمة المعيب، وإن ردّ عليك اليمين فحلفت على إثبات القيمة للصّحيح التي أنت تدّعيها لزمك التفاوت بينها وبين قيمة المعيب، وإمّا أن يأتي صاحب البغل... إلى آخره.

محلّ الاستشهاد في صحيحة أبي ولاد ٣: ٢٤٧ـ٢٤٩

قولهﷺ: فالظّرف متعلّق بـ «عليك». ٢٣/١١٠

أقول: هذاكلّه علىٰ تقدير وجود الظرف في الرواية وصحّة النسخة، وأمّا بناء على ما في الجواهر من أنّ الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشّاة: «ترده عليه» ومعناه: إنّك تردّ الأرش عليه مع البغل. انتهىٰ.

فليس في هذه ماينافي ما ادّعاه من دلالة الفقرتين علىٰ كون العبرة بقيمة يوم المخالفة.

قوله: لأصل العين.

أقول: الجارّ متعلّق بقوله: «تابع».

١١٠/٢٣ ـ ٢٤ **قوله: فالمعنى عليك أداء الارش.**

أقول: هذا بالتزام تقدير لفظ «الأداء» أو «الرّدّ» قبل «القيمة» بعد «عليك»، أو بالتزام أنّ المستفاد من الظّرف حكم تكليفيّ صرف، وإلّا يكون المعنىٰ: يلزمك ويجب عليك ويكون على عهدتك قيمة مابين الصحّة والعيب يوم تردّ عليه، وهو معنى فاسد؛ لأنّ اللّزُوم حاصل قبل يوم الرّدّ قطعاً وإجماعاً، إمّا يوم المخالفة أو يوم تلف وصف الصحّة وهو يوم حدوث العيب.

١١٠/٢٤ **قوله: لاحتمال ازدياد العيب.**

أقول: يعني احتماله في مورد الرواية.

١١٠/٢٥ **قوله﴿ﺭﺡ﴾: لكن يحتمل.**

أقول: يعني يحتمل نقصان العيب إلى يوم الرّد في مورد الرّواية، فيعارض احتمال الازدياد.

قوله: أو نقص.

أقول: ضميره المستتر راجع إلى المعيب بلحاظ وصفه، أي نقص عليه.

١١٠/٢٦ **قوله: فهذا الاحتمال.**

أقول: يعني انّ احتمال كونه قيداً للعيب من جهة احتمال النّقصان الّذي تدلّ الرّواية على ضمان هذا الناقص فقط، وقد مرّ أنّه ضامن للتّام الغير الناقص ضعيف أيضاً، مضافاً إلى ضعفه من جهة أُخرىٰ تقدّمت، وهي كون العبرة في الأرش بيوم الرّد مخالفاً للإجماع.

١١٠/٢٦ ـ ٢٧ **قوله: قيمة التفاوت بين الصحّة والعيب.**

أقول: يعني من دون ملاحظة النسبة من الثمن لعدم المعاوضة في مورد الرّواية.

ما يوهن الاستدلال بالصحيحة على اعتبار قيمة يوم الضمان ٣: ٢٥٠ ـ ٢٥٢

قوله: نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه. ٢٨/١١٠

أقول: يعني بالموصول كون العبرة بيوم الغصب.

وحاصل التّوهين: دعوى إمكان كون الحكم بضمان قيمة خصوص يوم المخالفة لأجل البناء على ماهو الغالب في مورد الرّواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً لا لأجل خصوصيّة فيه، ومع إمكان هذا لا يبقى لها ظهور في المدّعى.

فإن قلت: علىٰ هذا، فما الوجه في العدول عن التعبير «بيوم التلف» إلى التعبير «بيوم المخالفة» مع إخلاله بالمقصود من جهة احتمال كون المدار عليه؟

قلت: الوجه فيه دفع توهّم أمثال صاحب البغل من العوام أنّ العبرة بالقيمة التي اشترى بها البغل.

هذا، ويشكل ذلك مضافاً إلى أنّ دفع التوهّم المذكور إنّما يحسن لو كان السّائل هو صاحب البغل لا خصمه، وهو ممنوع، ومعه لايكون السّائل هناك متوهّماً لذلك حتّى يدفع به بأنّ دفعه يحصل بالتعبير بيوم التلف أيضاً، فلو كان المدار على يوم التلف لكان العدول عنه إلى يوم المخالفة خالياً عن الوجه، بخلافه لو كان المدار إلى يوم المخالفة.

هذا، مع أنّ أصل هذا الاحتمال ـ على تقدير صحّته ـ خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر في القيود هو الاحترازيّة ، فلايوهن ما استظهره من الرواية لو تمّ استظهاره، إلّا أنّ الشأن في تماميّته كما تقدّم.

قوله: إنّ العبرة بقيمة ما اشتراه. ٣٠/١١٠

أقول: هذا الكلام في مقام البيان لما في قوله: «دفع ما» إمّا بتقدير كلمة «من»، أو تقدير لفظة «هو» مرفوعاً على الابتداء راجعاً إليه، والظّاهر أنّ المراد

من الموصول فيما اشترى به هو اليوم.

والباء في «به» بمعنى «في»، وقيمة ذلك اليوم هو المبلغ الّذي دفعه الى البائع.

قوله: لأنّه خسّره.

أقول: هذا علّة للتوهّم المذكور. والضمير المنصوب بـ«أنّ» راجع إلى الغاصب المدلول عليه بالكلام، كما أنّ المنصوب على المفعوليّة الأوّليّة بـ«خسّره» ـ بالتّشديد ـ بمعنى أهلكه، أي أهلك عليه راجع إلى المشتري المدلول عليه به أيضاً.

هذا بناء على «خسره» بالضمير، وأمّا بناء علىٰ عدمه كما في بعض النّسخ المصحّحة من جهة حكّ الضمير فيه، فالمعنى واضح.

٣١/١١٠ **قوله: ويؤيّده التعبير عن يوم المخالفة.**

أقول: يعني كون الحكم في الرّواية مبنيّاً على الغالب.

وفيه: أنّ قضيّة تقريب تأييد ذلك لما ذكره أنّ التعبير بيوم المخالفة مؤيّد لعدم العبرة بغيره؛ فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بغيره.

قوله: من حيث إنّه يوم المخالفة.

أقول: بل من حيث إنّ القيمة فيه مساوية لها في يوم الإكتراء إلى يوم الردّ، بل في كلّ يوم من خمسة عشر يوماً من الاكتراء إلى يوم الردّ، ومن هنا يصحّ أن يعبّر عن قيمته تارة بقيمة يوم الاكتراء، وأُخرىٰ بقيمة يوم المخالفة، وثالثة بقيمة يوم الرّد، كما في ذيل الرواية بناء على اشتمالها على قوله: «يوم تردّه»، مع كون الظرف قيداً للقيمة لا ظرفاً لـ«عليك».

٣٤/١١٠ **قوله: ومن يعرف ذلك؟ فتأمّل.**

أقول: لعلّه إشارة إلى ما ذكره سابقاً من أنّ يوم الاكتراء متّحد مع يوم المخالفة أو قبله بيسير، فلا فرق بين التّعبيرين في التنبيه على سهولة إقامة

البيّنة، مع كون المناط يوم المخالفة، فيكون التّعبير بيوم الاكتراء خالياً عن الوجه، فلا محيص عن الالتزام بعدم كون المناط بيوم المخالفة، وعدم العناية به من حيث هو يوم المخالفة، بل من حيث عدم التّفاوت في القيمة بين اليومين، وعليه يصحّ التّعبير بكلّ منهما كما عرفت.

ويمكن أن يكون إشارة إلى أنّ الخدشة في المؤيّد لايوجب ارتفاع التوهين في أصل المطلب.

قوله: لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل. ١/١١١

أقول: يعني بناء على الغالب في مورد الرواية من معلوميّة القيمة يوم المخالفة الذي هو فيها يوم الاكتراء وعدم معلوميّتها قبله؛ إذ الغالب عدم علم المستأجر بحال البغل قبل الاكتراء لغلبة عدم الرّؤية له من نوع المستأجرين، وغلبة عدم التفاتهم إلى القيمة مع الرؤية قبل الإجارة، وحينئذٍ لو اختلفا في القيمة وادّعى المالك زيادتها على ما يدّعيه القابض كان قول المالك مخالفاً للأصل؛ لعدم أصل في المفروض إلّا أصالة البراءة عن الزائد، وهي علىٰ خلاف قول المالك، بخلاف ما إذا كان المدار على يوم التلف؛ إذ الغالب فيه معلوميّة القيمة فيه وفيما قبله، فالاختلاف على هذا راجع إلى الاختلاف في تغيّر الحالة السابقة إمّا بنقصان وعدمه كما في صورة، وإمّا بزيادة وعدمها كما في أُخرىٰ، فالمرجع هو الاستصحاب لا أصالة البراءة عن الزيادة، وهو يوافق قول المالك تارة كما في الصورة الأُولىٰ، وقول الضامن أُخرىٰ كما في الثانية.

وبالجملة: لو نحمل الرواية على الفرد النّادر، بل حملناها على الغالب فإن جعلنا المدار على يوم المخالفة لم يمكن توجيه الرواية الصّريحة في إحلاف المالك على نحو تنطبق على القاعدة، وهو كون اليمين على المنكر؛ لأنّ الغالب هو الجهل بحال ما قبل يوم المخالفة، فلايكون هناك أصل يرجع

إليه عدا البراءة، وهو على خلاف قول المالك، فيكون مدّعياً ويكون إحلافه على خلاف القاعدة.

اللهمّ إلّا أن تحمل على صورة العلم بالحالة السابقة مع كون الاختلاف في تغيّرها بالنقصان وعدمه، فادّعاه الضامن ونفاه المالك، وحينئذٍ تكون على طبق القاعدة، إلّا أنّه يوجب حملها على الصورة النادرة وهو خلف الفرض، وإن كان المدار على يوم التلف يمكن حملها على ما ذكرناه ليكون على القاعدة؛ إذ الغالب حينئذٍ هو العلم بقيمة اليوم السابق على يوم التلف، وإنّما النادر هو الجهل بها، فيوافق الاستصحاب للمالك لو كان الاختلاف في التّغير بالنقصان، فيكون منكراً واحلافه على القاعدة.

فلا يرد على المصنّف ﵀ أنّه إن أراد من الأصل أصل البراءة بأن لم يكن مسبوقاً بالحالة السابقة، فلا فرق فيه بين كون المدار على يوم المخالفة أو يوم التلف، وان أراد أصالة عدم الزيادة عمّا كان سابقاً فكذلك أيضاً، وإن أراد أصالة عدم النقصان عنه فلاريب أنّ قوله موافق للأصل.

[و] وجه عدم الورود: أنّ المراد من الأصل هو الأصل في الغالب من صورتي العلم بالحالة السابقة على قيمة اليوم المختلف فيه، أي الأصل المتوقّف وجوده على كون المورد من أفراد الصورة الغالبة لا الأصل المتوقّف على كون المورد من أفراد الصورة النادرة، وهو مختلف بحسب كون العبرة على يوم المخالفة أو يوم التلف؛ لأنّه على الأوّل أصل البراءة المخالف لقول المالك لا الاستصحاب، وعلى الثاني بالعكس، فتأمّل جيّداً.

١/١١١ **قوله: ثمّ لا وجه لقبول بيّنة.**

أقول: هذا مبنيّ على عدم سماع بيّنة من يقبل قوله مع اليمين بدعوى أنّ التّفصيل في قوله ﷺ: «البيّنة للمدّعي واليمين على من أنكر» قاطع لشركة المنكر مع المدّعي في سماع البيّنة، وإلّا لم يكن وجه للتّفصيل، إلّا أنّ في المبنيّ كلاماً، بل المصنّف ﵀ في خيار العيب قوّى سماعها من المنكر في ذيل

الثالثة من مسائل اختلاف المتبايعين في سبب الخيار، فراجع.

وأمّا النبويّ فللكلام فيه والجواب عنه محلّ آخر، ومحصّله: أنّ مفاده أنّ الذي يُلزم المدّعي عليه ويطلب منه ابتداء هو البيّنة، والّذي يطلب من المنكر كذلك هو اليمين، ولاينافي ذلك سماع البيّنة من المنكر لو أتىٰ بـها، وسـماع اليمين من المدّعي لو ردت إليه ، فتأمّل.

قوله: خلاف الظّاهر. ٣/١١١

أقول: لأنّ شأن الإمام عليه السلام بيان الحكم الشرعي.

قــوله: مـثل دعـوى المـالك زيـادة قـيمة يـوم التـلف عـن يـوم المخالفة. ١١١/٥ـ٦

أقول: يعني عن قيمة يوم المخالفة المتّفق عليها بينهما.

قوله: من حكم عكسها. ٦/١١١

أقول: يعني به الصورة الأُولى ، وهي صورة اختلافهما في تنزّل القـيمة يوم التلف عنها في اليوم السابق عليه المتّفق عليها.

قوله: فلابدّ من حمل الرواية على ما إذا اتّفقا. ٧/١١١

أقول: يعني لابدّ في تطبيق الرواية على قـاعدة كـون الحـلف وظـيفة المدّعى عليه والبيّنة وظيفة المدّعي ، من حمل توجيه اليمين فيها على المالك بقوله: «أمّا أن يحلف هو فيلزمك» على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، واختلفا في قيمة يوم المخالفة بأن ادّعى الغاصب نقصانها يـوم المخالفة عمّا اتّفقا عليه، وادّعى المالك بقاءها عليه فيه؛ إذ حينئذٍ يكون المالك منكراً لموافقته؛ لأصالة عدم النقصان وحمل سماع البيّنة من المالك المـدلول عليه بقوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود» على ما إذا اتّفقا على قيمة اليـوم اللّاحق ليوم المخالفة، فادّعى الغاصب نقصانها يوم المخالفة عن قـيمة اليـوم المتّفق عليه، وادّعى المالك مساواتهما؛ إذ حينئذٍ يكون المالك مدّعياً لمخالفته

للأصل الجاري في الفرض المذكور، أعني: أصالة براءة ذمّة الغاصب عن الزّائد عمّا يقرّبه؛ لعدم جريان الاستصحاب فيه إلّا بطور القهقرى، ولا عبرة به، فيكون وظيفته إقامة البيّنة.

فعلم من هذا البيان أنّ قوله: «وادّعى الغاصب» عطف على كلّ من الجملتين المتعاطفتين. والمراد من النقصان في الجملة المعطوفة بالقياس إلى الأُولى من الجملتين المعطوفة عليهما هو حدوث النقصان في يوم المخالفة، وبالقياس إلى الثانية منهما هو صرف وجوده وتحقّقه فيه مع الجهل بعنوانه من الحدوث والبقاء، يعني: أنّ الغاصب ادّعى في الفرض الأوّل أنّه حدث يوم المخالفة نقصان في قيمته عن تلك القيمة المتّفق عليها في اليوم السّابق عليه، وادّعى في الفرض الثاني أنّه كان يوم المخالفة في قيمته نقصان عن تلك القيمة المتّفق عليها في اليوم اللاحق ليوم المخالفة، بمعنى أنّه ادّعى أنّه كان يوم المخالفة قيمته عشرين الذي هو ناقص عن قيمة اليوم اللّاحق له كيوم التلف وهو ثلاثون مثلاً الذي اتفقنا عليه قبال ادّعاء المالك أنّه كان يوم المخالفة مثله فيما بعده في القيمة.

قوله: ولا يخفىٰ بعده.

أقول: لعلّ وجهه لزوم حمل الرواية على الفرد النادر، كما أشرنا إليه سابقاً.

قوله: حمل النّصّ. ٨/١١١

أقول: يعني حمل الحكم فيه، وهو حلف المالك المدّعي للزّيادة وقبول بيّنة الغاصب المنكر لها، وهذا هو المراد من الحكم في قوله: «وجعل الحكم...».

قوله: أو مطلقاً.

أقول: يعني أو مطلق المغصوب ولو كان غير الدّابّة.

الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم والمناقشة فيه ٣: ٢٥٢-٢٥٣

قوله: وأضعف من ذلك.

أقول: يعني من الاستشهاد بالرواية على كون العبرة بقيمة يوم الغصب.

قوله: إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجّه دلالتها على المطلب. ١٠/١١١

أقول: يمكن التّوجيه بأنّ المراد من المخالفة هي بمعناها الاسم المصدري، أعني: صرف وجود المخالفة المجرّدة عن حيث حدوثها ومسبوقيّتها بالعدم، لا بمعناها المصدري، أعني: إيجاد المخالفة وإحداثها وأنّ إضافة اليوم إليها في الرواية للاستغراق أو الجنس، فيعمّ جميع أيّام المخالفة التي منها يوم أعلى القيم، فتدلّ حينئذٍ على لزوم قيمة كلّ يوم فيه المخالفة موجودة حتّى يوم الأعلىٰ، ونهاية الترقي ولازمه لزوم أعلى القيم الجامع لقيم تمام أيّام المخالفة.

هذا، ولكن يردّه أنّ الظّاهر المتبادر من المخالفة حدوثها، وهو منحصر بوقت واحد.

الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر والمناقشة فيه ٣: ٢٥٣

قوله: إلّا أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل. ١٣/١١١

أقول: قد مرّ أنّه مقتضى قاعدة اليد وهو الدّليل الشاغل عن أصالة البراءة.

قوله: نعم استدلّوا على هذا القول. ١٠/١١١

أقول: واختاره المحقّق في غصب الشرائع في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ونسبه في المختلف إلى الأشهر، وهو الأقوى في النظر لا قاعدة نفي الضرر؛ لاختصاصها بما لايلزم من إجرائها خلاف الامتنان في حقّ الغير، مثل المالك في المقام، حتّى ينظر في الاستدلال بها على المقام؛ نظراً إلى اختصاصها أيضاً بما لايلزم من إجرائها ضرر على الغير، وفي المقام يلزم من إجرائها في حقّ المالك لإثبات ضمان الغاصب له بأعلى القيم ضرر على الغاصب،

فلاتجري هي، فتجري أصالة البراءة.

هذا، مع إمكان الخدشة فيما ذكرناه وجهاً للنظر، بأنّ عدم جريانها فيما إذا لزم منه الضرر في حقّ الغير إنّما هو من جهة الورود مورد الامتنان، والغاصب كما في مورد الاستدلال ليس أهلاً له، فتضرّره لايمنع من إجرائها، المانع عن جريان أصالة البراءة.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ المقام مورد لاستصحاب الضمان، بناء على التحقيق من أنّ الضمان في المقام كون نفس العين على عهدة الآخذ في صورتي البقاء والتلف، لا اشتغال الذمّة بالمثل والقيمة، معلّقاً على التلف في الصورة الأُولى ومنجّزاً في الثانية، ومع الاستصحاب لا مجال للبراءة عن الزائد، وقضيّته ثبوت الأعلىٰ.

ولو سلّمنا أنّ المقام مورد البراءة فقضيّتها نفي الزائد على أقلّ القيم وأدناها، لا نفي الزائد على قيمة يوم التلف، وهو لايقول به، فتأمّل.

توجيه الاستدلال ٣: ٢٥٤

١٤/١١١ **قوله: نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدّم.**

أقول: الاستدلال المذكور ليس أمراً آخر وراء مفاد حديث «على اليد» حتّى يحتاج إلى التوجيه بما ذكره، وقد مرّ تقريبه سابقاً.

١٦/١١١ **قوله: نعم لو ردّت تدارك تلك الماليّة بنفس العين.**

أقول: فيه منع، بل لابدّ مع ردّها من ردّ تفاوت القيمة بمقتضى الحديث؛ حيث دلّ على أنّ الضمان لايرتفع إلّا بالأداء، وقد مرّ أنّه لايصدق بمجرّد ردّ العين في الصورة المفروضة، والإجماع على كفاية ردّها فقط لو كان إنّما نشأ من توهّم صدق الأداء عليه.

١٦/١١١ ـ ١٧ **قوله: وارتفاع القيمة السّوقيّة أمر اعتباري.**

أقول: نعم، ولكنّه بعد كونه مقوّماً لماليّة المال لاينافي ضمانه، وإلّا يلزم عدم ضمان القيمة أصلاً؛ لأنّ أصلها مثل ارتفاعها أمر اعتباري أيضاً انتزع من

الجهات المشتملة عليها العين بملاحظة رغبة الناس.

وبعبارة أُخرى : مدار الضمان على نحو يوجب الغرامة بعد التلف كون المضمون ذا قيمة، والمدار فيه اشتماله على جهات يرغب فيها العقلاء، فإن لم يكن له راغب فلا قيمة له فلا ضمان له، وإن قلّ راغبه قلّت القيمة، وإن كثر كثرت، سواء كان كذلك في جميع الأزمنة أو بعضها: أوّلها أو وسطها أو آخرها، فلو كان صرف استناد الارتفاع إلى كثرة الرّاغب منشأ لعدم ضمانه لكان استناد أصل القيمة إلى أصل وجود الرّاغب منشأً لعدمه أيضاً.

وبالجملة: مرجع ما ذكره إلى نفي الضمان بالمرّة في القيمي.

ثمّ إنّ قضيّة ما ذكرنا في وجه ضمان ارتفاع القيمة ضمان أصل القيمة لو حدثت بعد الغصب، كما لو غصب الماء في ساحل النهر ونقله إلى مفازة خالية عن الماء.

قوله: والحاصل. ١٧/١١١

أقول: يعني حاصل التوجيه للاستدلال المتقدّم.

قوله: ولأجل ذلك استدلّ العلّامة. ١٩/١١١ ـ ٢٠

أقول: يعني لأجل كون الحيلولة سبباً للضمان استدلّ... إلى آخره؛ حيث إنّ إزالة اليد عبارة أُخرى عن الحيلولة.

ثمّ لا أرى لهذا الكلام ربطاً بسابقه وكذا بلاحقه، أعني قوله: «ونقول في توضيحه» بناء على رجوع الضمير إلى استدلال العلّامة في التحرير، لا إلى الاستدلال المتقدّم، بل هو في طرف النقيض لهما كما لا يخفىٰ، فلابدّ من التأمّل، فتأمّل.

وكيف كان، فلعلّ الأمر بالتأمّل في ذيل الكلام إشارة إلى منع كون الحيلولة عن القيمة كالحيلولة عن العين.

استدلال ثالث على أعلى القيم وتوجيهه ٣: ٢٥٥

٢٣/١١١ **قوله: نعم لابأس بالتمسّك باستصحاب الضمان.**

أقول: يتمّ التمسّك به على المختار من كون الضمان عبارة عن كون نفس العين على الضامن حتّى بعد التلف، وأمّا بناءً على أنّه اشتغال الذمّة بالمثل والقيمة معلّقاً على التلف، فمرجعه إلى أصالة الاشتغال.

وقد أجبنا عنها بأنّ المقام مورد البراءة؛ لكون الشكّ في أصل الاشتغال بالنسبة إلى الزائد.

وعلى فرض تماميّة الاستصحاب المذكور يتّجه عليه؛ أنّه كيف أسّس في السّابق أنّ الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمية يوم التّلف؛ إذ مقتضى الاستصحاب ضمانه بأعلى القيم؟

وبالجملة: جريان الاستصحاب لا يجامع الأصل الذي أسّسه في السابق؛ لأنّ الاستصحاب مبنيّ على عدم تعيّن قيمة يوم التلف وتعيّنها مبنيّ على عدم جريان الاستصحاب، وأيضاً لايجامع مايقتضيه قوله في ردّ الشّقّ الأول[1] من شقوق الدليل الأوّل على ضمان الأعلى: «إلّا أنّه مخالف لأصالة البراءة» من كون المورد مجرى للبراءة؛ ضرورة حكومة الاستصحاب على البراءة.

المحكي عن جماعة أن الاعتبار بيوم البيع وتوجيهه ٣: ٢٥٥

٢٤/١١١ **قوله: من جهة التفويض إلى حكم المشتري.**

أقول: يعني تفويض تعيين الثمن إلى حكم المشتري.

قوله: ولم يعلم له وجه.

أقول: لعلّ نظرهم فيه إلى صحيحة النخّاس في مسألة اشتراط العلم بمقدار الثمن، قال: «سألت أبا عبدالله؛ فقلت: ساومت رجلاً بجارية له فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه ثمّ بعثت إليه ألف درهم، فقلت له: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها منّي، وقد كنت مسستها قبل أن

---

(١) كذا في الأصل، وقد كتب فوقها: الثالث.

أبعث إليه بألف درهم؟ فقالعليه السلام: أرى أن تقوّم الجارية بقيمة عادلة، فإن كانت أكثر ممّا بعثتها إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، وإن كان قيمتها أقلّ ممّا بعثتها إليه فهو له... الخبر» بناء على فساد البيع بحكم المشتري الّذي هو مورد الرواية على ماهو المفروض المشهور، بل لا خلاف فيه إلّا من صاحب الحدائق؛ إذ بناء على صحّته تخرج المسألة عن مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، وبناء أيضاً على كون الجارية أمّ ولد بعد المسّ الّذي هو بمنزلة التّلف، وبناء أيضاً على كون المراد من القيمة العادلة هي يوم البيع، فإنّ قولهعليه السلام: «أرى أن تقوّم...» حينئذٍ يكون دليلاً تعبّديّاً على لزوم قيمة يوم البيع في البيع الفاسد لأجل التفويض إلى حكم المشتري، فيختصّ بمورده.

وكيف كان، فلعلّ الأمر بالفهم في ذيل الكلام إشارة إلى بعد إرادتهم القبض من البيع.

الدليل على ثبوت بدل الحيلولة ٣:٢٥٧

قوله: أو بعدم رجاء وجدانه. ٣٣/١١١

أقول: الفرق بينه وبين سابقه أنّه أخصّ من الأوّل؛ لعدم انفكاكه عن الأوّل، بخلاف العكس؛ إذ قد يصدق عدم رجاء الوصول مع رجاء الوجدان، بل مع العلم بالوجدان؛ لأنّ نقيض الثاني أعمّ من نقيض الأوّل، فلابدّ أن يكون العينان بالعكس.

مورد بدل الحيلولة ٣: ٢٥٧ ـ ٢٥٨

قوله: أو يشمل ما لو علم وجدانه.

أقول: غرضه بيان احتمال عدم اختصاص التّعذّر بصورة اليأس عن الوصول أو اليأس عن الوجدان، بل تعذّر الوصول أعمّ منهما ومن الصورة الخارجة عنه على تقدير اختصاصه بإحداهما، وهي صورة رجاء الوصول إليه بعد مدّة والعلم بالوصول ورجاء الوجدان والعلم بالوجدان، ولو مع اليأس عن الوصول إليه بعد الوجدان.

والعبارة المذكورة غير وافية بأداء هذا المطلب؛ ضرورة شمول تعذّر

الوصول صورة العلم بالوجدان؛ بناءً على تقييد التعذّر باليأس عن الوصول؛ لما مرّ من صدقه مع العلم بالوجدان. والعبارة الوافية له أن يقول: أو يشمل ما لو علم الوصول، فافهم جيّداً.

قوله: بدفع القيمة، فافهم.

أقول: قيل لعلّه إشارة إلى أنّ المستفاد منها: اشتغال الذمّة لو تلف، ولا دليل على إلحاق التعذّر به، وفيه تأمّل.

٣٤/١١١ **قوله: ظاهر أدلّة ما ذكر من الأُمور.**

أقول: لا ظهور لها في الاختصاص؛ إذ الموجود فيها من الألفاظ هو الضياع أو السّرقة أو الغرق أو الإباق، ومن المعلوم صدق مفاهيمها مع العلم بالوجدان والوصول فضلاً عن رجائهما مع الجهل بهما، اللّهمّ إلّا أن يكون نظره إلى الغلبة؛ لأنّ الغالب في موردها عدم رجاء الوجدان، فيختصّ بالثاني، أو عدم رجاء الوصول إليه فيعمّه وماكان مرجوّ الوجدان بل معلومه مع اليأس عن الوصول إليه.

ولكن فيه بعد تسليم الغلبة ـ فتأمّل ـ: أنّها ليست في الاستعمال، فلاتوجب ظهور اللّفظ في غير العموم.

قوله: لكن ظاهر إطلاق الفتاوى وقاعدة اليد هو الأخير.

أقول: يعني به ما أفاده بقوله: «أو ولو كانت قصيرة».

٣٤/١١١ـ٣٥ **قوله: كما يظهر من إطلاقهم.**

أقول: حيث إنّهم أطلقوا الحكم بالانتقال إلى قيمة اللّوح المتعذّر أخذه فعلاً من جهة الخوف من إيجابه لغرق مال غير الغاصب مع كونه معلوم الوصول والوجدان، ولم يفرّقوا بين أن يكون مدّة الوصول إلى الساحل طويلة أو قصيرة.

٣/١١٢ **قوله: أشكل الحكم.**

أقول: الإشكال ناشٍ من تسلّط الناس على أموالهم، المقتضي لجواز

المطالبة حين التّعذّر، المقتضي للانتقال إلى القيمة؛ ومن صدق التمكّن مع العين عرفاً، المقتضي لعدم الانتقال إليها.

ولكن يمكن أن يقال: بأنّ مجرّد جواز المطالبة لايوجب الانتقال إلى القيمة مطلقاً، بل لابدّ فيه من عدم صدق التمكّن عرفاً، وأمّا معه فالّذي يقتضيه المطالبة إنّما هو ردّ العين، فالأظهر في الفرض عدم الانتقال إلى القيمة وجواز المطالبة بالخروج عن عهدة العين.

المراد بالتعذّر ٣: ٢٥٨

قوله: ثمّ الظاهر عدم اعتبار التّعذّر المسقط للتّكليف.

يعني عدم اعتباره في الضمان.

والوجه فيه: إطلاق حديث «على اليد» وفتاويهم بالانتقال إلى القيمة في اللّوح المغصوب، مع كونه ممكن الوصول ولو بواسطة السعي في مقدّمات الإيصال إلى السّاحل.

قوله: بردّ العين فتأمّل. ٤/١١٢

أقول؛ لعلّه إشارة إلى انّ التسليط بإلزام ردّ العين كافٍ في لزوم بدل الحيلولة؛ لأنّه من شؤونها، أو إلى أنّ الأصل المذكور قد يقضي إلى تضرّر المالك، فافهم.

هل يلزم المالك بأخذ البدل ؟ ٣: ٢٥٨

قوله: ثمّ إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس. ٥/١١٢

أقول: لا فرق بينهما أصلاً؛ لاتّحادهما في مناط عدم جواز امتناع المالك من القبول وهو استحقاق الضامن لأن يخرج نفسه عن عهدة العين، وقاعدة السّلطنة لايقتضي الزام الناس ببقائهم تحت العهدة، وإلّا لجاز الامتناع مع التلف، والتالي باطل فالمقدّم مثله.

هل البدل ملك لمالك العين أو مباح له؟ ٣: ٢٥٩

قوله: لعلّ الوجه فيه أنّ التدارك لايتحقّق إلّا بذلك. ٨/١١٢

أقول: بل الوجه فيه: أنه قضيّة صدق أداء العين من حيث المالية على هذا المبذول؛ حيث إنّ ماليّة العين كسائر جهاتها ملك لمالكها، فردّ ماليّتها وأداؤها

في ضمن مال لايكون إلّا بردّها بوصف كونها له، ولايكون هذا إلّا بكون المردود ملكاً للمردود إليه، فلولا ظهور الإجْماع وأدلّة الغرامة في الملكيّة أيضاً لم يكن مجال لاحتمال الإباحة المطلقة مجرّداً عن الملكيّة، فتدبّر جدّاً.

۱۱۲/۱۰ **قوله: فهي غرامة.**

هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل؟ ۳: ۲۵۹ ـ ۲٦۱

أقول: بل أداء للعين من حيث الماليّة كما مرّ.

۱۱۲/۱۳ ـ ۱٤ **قوله: من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح.**

أقول: إن كان محذور اجتماع العوض والمعوّض محذوراً عقليّاً كما هو كذلك فلايجدي فيه دليل واضح، وإلّا كما هو ظاهر المستند في باب المقاصّة من كتاب القضاء فيكفي في جوازه والالتزام به في المقام: ظهور الإجماع وأدلّة الغرامة في ملكيّة المبذول لمالك العين، كما اعترف به، واستصحاب ملكيّته للعين.

۱۱۲/۱٤ **قوله: ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلاً.**

أقول: يعني التزلزل إلى تلف إحدى العينين أو التمكّن من ردّ العين، فيستقرّ ملكهما في الأوّل ويزول في الثاني.

قوله: أو توقّف تملّك المغصوب منه للبدل.

أقول: يعني أو قيل بجواز التصرّف في المبدل المبذول للمبذول له والمغصوب منه وكونه مباحاً، ويكون دخوله في ملكه موقوفاً على اليأس من العين المغصوبة ومشروطاً به، فهذا عين ما ذكره المصنّف قبل ذلك بقوله: «ولولا ظهور الاجتماع وأدلّة الغرامة في الملكيّة لاحتملنا أن يكون مباحاً».

هذا، ولكن المناسب تبديل «اليأس» بـ«التلف»، فتدبّر.

۱۱۲/۱٥ **قوله: أقول الّذي ينبغي أن يقال هنا.**

أقول: بل الّذي ينبغي أن يقال: إنّ الضمان عبارة عن كون المال على

عُهدة الشّخص بخصوصيّته وماليّته وحقيقته، ولازم ذلك أداء نفس العين، وحيث تعذّر استيفاء هذه الأُمور بأخذ العين لتلف:

إمّا حقيقةً ومثاله معلوم.

أو عرفاً كالماء على الشاطئ.

أو شرعاً كما في وطء البهيمة التي تقصد لحملها[1] ولبنها؛ فإنّها لا يجوز الانتفاع بها بل تذبح وتحرق؛ لجملة من الأخبار من دون فرق في ذلك بين كون الوطء من المالك أو من غيره. نعم يؤخذ من الواطئ في الثاني قيمة الموطوءة وتدفع إلى المالك.

أو لحيلولةٍ تعيّن استيفاء الماليّة في ضمن شيء آخر، إمّا مع استيفاء الحقيقة أيضاً كما في المثليّات، وإما بدونها كما في القيميات.

فالذي يصل إلى المالك فهو عين ماليّة ماله، غاية الأمر في ضمن شيءٍ آخر، فيملك البدل بنفس السّبب الذي به كان مالكاً للمبدل، لا أنّه شيء آخر مغاير للمبدل، إنّما يملكه بسبب جديد غير ما كان يملك به المبدل، فالبدل بما هو بدل عين المبدل منه ومتّحد معه في مرتبة الماليّة، فالملك به عين الملك به، كما أنّ المملوك عين ما كان أوّلاً بحسب الاعتبار، فلا أثنينيّة حتّى يلزم الجمع بينهما في الملكيّة.

وإن شئت توضيح ذلك فقس الاعتبار والتنزيل على التكوين، فافرض أنّ الماليّة لو خرجت عن عين حقيقة وبقيت خاليةً عن الماليّة ووردت على شيء آخر، فهذا الشيء الآخر عين ذاك الشيء الأوّل من جهة الماليّة وإن كان غيره من جهة الخصوصيّة الشخصيّة والحدود الفردية، فالسلطنة على المالية في الشيء الآخر عين السلطنة عليها في الأوّل؛ إذ الاختلاف لابدّ أن يكون ناشئاً من اختلاف المتعلّق ومغايرته والمفروض اتّحاده، فكذلك الملكيّة،

---

(١) كذا في الأصل، ولعله: للحمها.

فلاتعدّد لمتعلّق السّلطنة حينئذٍ، بل هو أمر واحد يكون في مورد تارةً وفي آخر أُخرىٰ، فحين وجود السلطنة على الأول لا سلطنة له على الثاني كما هو واضح، وبالعكس لعدم المتعلّق وهو الماليّة في الأوّل، نعم له حقّ اختصاصٍ به ليس لغيره، بل هو ملك له مجرّداً عن الماليّة، والبدل ليس بدلاً عنه حتّى يلزم الجمع بين العوض والمعوّض.

ومن ذلك يعلم الحال في التنزيل والاعتبار؛ إذ لا فرق بينه وبين التنزيل إلّا من وجه واحد وهو واضح، فالماليّة كأنّها خرجت عن المال المضمون وبقي بدون الماليّة له ووجدت في ضمن البدل تنزيلاً، فهو بهذه الملاحظة عين المبدل منه، والسلطنة عليه عين السلطنة عليه تدور مدار متعلّقها وهو الماليّة، أينما وجد وجدت وأينما زال زالت، فلاتعدّد للماليّة حتّىٰ يلزم الجمع.

وبالجملة: المبدل منه ماليّة العين المضمونة والبدل بدل عنها، وإن شئت قلت: بدل عن العين في مرحلة الماليّة، والماليّة أمر واحد قائم بالبدل بعد أن كان قائماً بالعين، فلايعقل الجمع؛ إذ لابدّ فيه من التّعدّد، والمفروض هو الواحدة.

وأمّا نفس العين مجرّدة عن الماليّة فليست بمبدل منه أصلاً حتّىٰ يقال بلزوم الجمع في مرحلة الاختصاص، وإنّما هي باقية في ملك مالكها بلا بدل عنها، فالّذي أخذ بدله وملكه وهو ماليّة العين ليس له مبدل يملكه آخذ البدل ويبقى في ملكه، والّذي يبقى في ملكه بعد أخذ البدل ـ وهو نفس العين مجرّدة عن الماليّة بحسب الاعتبار ـ ليس البدل بدلاً عنه، فأين الجمع بين العوض والمعوّض؟

فإن قلت: انتفاء الماليّة في المال المضمون صحيح في صورة التّلف، وأمّا في صورة الحيلولة فلا؛ لبقاء المال على ماهو عليه من الجهات التي لها دخل في ماليّته، فيلزم فيها محذور الجمع بين العوض والمعوّض لو كان المبدل منه

باقياً على ملك المضمون له.

قلت: نمنع في ذلك ونقول في وجه المنع: إنّ المدار في ماليّة الشّيء اشتماله علىٰ جهة يرغب فيها، فإذا انتفت الرغبة إمّا لعدم وجود جهة مرغوب فيها كحبّة حنطة، أو لكونه مبدولاً تصل إليه الأيادي على حدٍّ سواء كالماء عند الشطوط، أو لعدم إمكان الانتفاع به من جهة عدم السلطنة عليه على ماهو عليه من الأوصاف كالمرجان في قعر البحر بل السّمك في البحر والطير في الهواء، انتفت الماليّة بالنسبة إلى من لا سلطنة له عليه، فالمال الذي أُزيل عنه يد المالك بواسطة الحيلولة لايرغب فيه المالك ولا غيره مع هذا الوصف، فتزول عنه الماليّة قطعاً.

وبالجملة: مناط الماليّة وهو المرغوبيّة كما يختلف وجوداً وعدماً بالنسبة إلى الأعيان وفي عين واحدة بالنسبة إلى الأزمنة والأمكنة، كذلك في عين واحدة مع وحدة الزّمان والمكان بالنسبة إلى الحالات، ففي بعضها يرغب فيه لأجل التمكّن من الانتفاع ولو بوجه من الوجوه دون الآخر لعدم التّمكّن منه؟ ولذا لو لم يتمكّن المالك من التصرّف في ماله بواسطة الحيلولة بغصب أو سرقة يعرض عليه صفة الفقر بعد الغنى مع بقاء أعيان أمواله في ملكه في الحالين، فالموجب للفقر ليس إلّا انتفاء الماليّة عنها لها؛ إذ لو بقيت على ماليّتها كما قبل الحيلولة لم يكن وجه لطرق الفقر، فظهر أنّ المبدل منه هو الماليّة المنتفية بلا فرق بين التلف والحيلولة.

نعم، بينهما فرق من جهة أُخرىٰ لاتضرّ بما نحن فيه، وهي أنّ انتفاء الماليّة في التّلف بالنسبة إلى الكلّ من دون فرق بين المالك وغيره، بخلاف الثاني فإنّه أعمّ؛ إذ قد تنتفي الماليّة بالنسبة إلى المالك فقط كما في صورة الغصب، وهو الملاك في وجوب البدل في صورة التّلف أيضاً.

فإن قلت: إذا كان المبدل منه هو الماليّة المنتفية بالنّسبة إلى المالك، فلِمَ

لايحكم بوجوب بدل الحيلولة بمجرّد الغصب مع زوال الماليّة بـالنسبة إليـه؟ ولذا يعرض عليه الفقر، فيكشف هذا عن كون المبدل منه نفس العين لا ماليّتها، وعليه يلزم محذور الجمع.

قلت: كون المبدل منه هو الماليّة لايقتضي الحكم المذكور، بل لابدّ فيه من عدم تمكّن الغاصب من ردّ العين؛ إذ الحكم بوجوب البدل إنّما هو من جهة كونه أداءً للمقبوض، وقد مرّ غير مرّة أنّه موقوف على عدم إمكـان ردّ العـين ومترتّب عليه.

والحاصل : أنّا نقول: إنّ كلّ مايجب إعطاؤه بعنوان البدليّة فهو بدل عن الماليّة المنتفية، لا أنّ كلّما انتفى الماليّة بالنسبة إلى المالك يجب إعطاء البدل، فافهم واغتنم.

فتبيّن أنّ البدل على كلّ حال ملك لمالك المبدل منه وهو الماليّة، ولكن لمّا كان بعنوان البدليّة وبلحاظ أنّه هو كان مـلكه له مـادام أنّـه مـعنون بـذاك العنوان؛ فإذا زال ذاك العنوان بزوال الحيلولة أو بعود التّالف بقدرته تعالى زالت الملكيّة، ويعود البدل إلى ملك الضّامن بملك كان يملكه به سابقاً، فالبدل بما هو بدل ملك لمالك المبدل منه، وبما هو ليس كذلك ملك للضّامن، وليس هذا من قبيل تعدّد المالك لملك واحد لعدم إمكان اجتماع هذين العنوانـين فـي وقت واحد، فمادام لم تصل يد المالك إلى ماله فهو ممحّض للبدليّة، فيملكه المالك، وإذا وصلت إليه فيخرج عن هذا العنوان فيملكه للضّامن بالسّبب السـابق ؛ إذ يكون عين ما كان سابقاً في ملكه، فلايلزم الجمع بين شيئين بـما هـما اثـنان متغايران لا في حال الحيلولة أو التّلف لعدم الاثنينيّة حينئذٍ، ولابـعد زوالهـما لزوال ملكيّة مالك المبدل عن البدل حينئذٍ.

هذا كلّه في بيان أنّ مالك العين المضمونة مالك للبدل مع ملكه لنـفس العين بلا لزوم محذور جمعه بين العوض والمعوّض؛ حيث إنّ الذي يكون البدل

بدلاً عنه وهو ماليّة العين لايكون ملكاً له ولايبقى في ملكه، والّذي يبقى في ملكه ـ وهو العين خالية عن الماليّة ـ فليس البدل بدلاً عنه.

فإن قلت: إذا لم يكن ماليّة العين المضمونة ملكاً لمالك العين مع أخذه بدل الماليّة واستيفائها في ضمن عين أُخرىٰ، فهل هي ملك للضّامن أم لا مالك لها؟ ومع ذلك ليس لأحد تملّكها مثل المباحات الأصلية؛ لاختصاصه بما لايكون مورد الماليّة ـ وهو عين المال مطلقاً ولو مجرّدة عن الماليّة ـ ملكاً لأحد، والمفروض في المقام بقاء العين في ملك مالكها الأوّلي، فلايجوز لأحد تملّكها فتبقى بلا مالك إلى أن تردّ العين إلى مالكها فتعود إلى ملك الغارم.

فتحصّل: أنّ أخذ البدل في باب الضمان ليس من باب المعاوضة الاختياريّة ولا القهرية لا دائميّة ولا مادامية، أي مادام تعذّر ردّ العين، بل من باب الوفاء والاستيفاء من حيث الماليّة فقط، فيملكه ملكاً ما داميّاً مع بقاء العين في ملكه مجرّدة عن المالية، فمن جهة أنّ العين باقية في ملكه يجب على الضامن ردّها تكليفاً مهما أمكن له ذلك، ويكون نماؤها للمالك الأوّل، ويجوز له ترتيب آثار الملك المجرّد عن الماليّة فيجوز له عتقها ونحوه.

وممّا ذكرنا في المقام يظهر الحال في باب التّقاصّ فيما إذا كان له عند شخص عين وامتنع عن ردّها ولم يتمكّن من أخذها، ولكن تمكّن من أخذ عين من أعيان أموال الممتنع؛ أو كان له عليه مال ولم يتمكّن من أخذ فرد من جنس ماله عليه، وتمكّن من أخذ فرد من جنس آخر، فإنّ الظاهر أنّ التّقاصّ بما ذكر قسم من أخذ بدل الحيلولة، فيكون استيفاءً للماليّة مع بقاء العين المغصوبة في ملك المقاص وبقاء ماليّتها في يد الغاصب بلا مالك لها.

فبعد التقاصّ لايجوز للغاصب الممتنع أن يتصرّف في العين المغصوبة، ويجب عليه ردّها، ويجوز للمغصوب منه التصرّف فيها ويجوز له مطالبتها من الغاصب، ويكون النّماء لمالكها الأوّل كما كان الأمر كذلك قبله، ويكون ملكيّة

المغصوب منه لمال المقاصّة مغيّاة بعدم الوصول إلى نفس ماله، وإلّا فيزول ملكه عنه، فيكون للمقاصّ منه فيردّه إليه إن كان موجوداً وإلّا فبدله.

وقد خالف في جميع ذلك في الجواهر في فصل التقاصّ من كتاب القضاء وقال: بأنّه من باب المعاوضة، وأنّها لازمة وليس للمقاصّ استحقاق على عين ماله لو بذل له الغاصب.

ثمّ إنّه تعدّى من التقاصّ إلى بدل الحيلولة مطلقاً، فإنّه قال في ذاك الباب مالفظه: بل ظاهرها ـ يعني النّصوص ـ ملك المقاصّ العوض الّذي يأخذه وينبغي أن يلزمه انتقال مقابله إلى ملك الغاصب لقاعدة عدم الجمع بين العوض والمعوّض عنه، بل قد يشكل استحقاق الردّ عليه لو بذله له بعد ذلك، بل لعلّه كذلك لو كان البذل من المالك استصحاباً لملك العوض، واحتمال كون الملك متزلزلاً ـ نحو ما ذكروه في القيمة التي يدفعها الغاصب للحيلولة ـ منافٍ لقاعدة اللّزوم بعد ظهور النصوص في الملك، بل يمكن دعواه أيضاً هناك ويجعل ما هنا دليلاً عليه فتأمّل جيّداً. انتهى كلامه رفع مقامه.

وفيه: ما ذكرنا من أنّه ليس من باب المعاوضة بين المالين، بل من باب استيفاء ماليّة ماله في ضمن شيء آخر فيملكه، ويبقى ذات العين مسلوب الماليّة بالاعتبار في ملكه بلا عوض عنها يصل إليه، فيستحقّ عليه مطالبة عينه من جهة أنّها ملكه فيأخذها لو بذلها الغاصب، فيخرج البدل الّذي ملكه عوضاً عن ماليّة ماله عن ملكه ويدخل في ملكه؛ لأنّ ملكيّته له إنّما كانت بعنوان البدليّة ومغيّاة بعدم وصوله إلى عين ماله، فينقطع أمدها بالوصول إليه، ومع ذلك لا يبقى شكّ في زوال ملك البدل حتّى يرجع إلى الاستصحاب.

وخالف فيما ذكرنا أيضاً صاحب المستند، قال في المسألة الأُولىٰ من مسائل التّقاصّ: ثمّ لو اقتصّ المالك من مال الغاصب ثمّ ردّ الغاصب العين فللمالك الأخذ للاستصحاب، وعليه ردّ المال المقاصّ للعلم بعدم ثبوت جواز

التصرّف فيه حينئذٍ أيضاً، وكذا لو ظفر المالك بعينه.

هذا إذا كان العين المقاصّة باقية، ولو تلفت فلايجب على المالك العوض من ماله للأصل، وهل يجوز له أخذ عين ماله من ماله من الغاصب، للاستصحاب، أو لا يجوز؛ لاستلزامه الجمع بين العوض والمعوّض؟ فيه إشكال وإن كان الأوّل أقرب لما مرّ ومنع كون ما أخذه عوضاً عن ماله أوّلاً، بل هو أمر جوّزه الشّارع عقوبة، ومنع عدم جواز الجمع بين العوض والمعوّض ثانياً.

وقال في المسألة الخامسة: لو اقتصّ حقّه ثمّ أتى الغريم بالمال المجحود أو المماطل فيه، فإن كان عين ما اقتصّه باقية جاز لمن اقتصّ أخذ حقّه وردّ المقتصّ لأصالة عدم اللّزوم، وكذا لو تمكن من انتزاع حقّه بعد التّقاصّ بالبيّنة والإثبات والأخذ وردّ المقتصّ مع بقاء عينه لما ذكر، وهل يجب عليه ذلك أم لا؟ الظاهر الثاني للأصل والاستصحاب، ويمكن أن يقال: إنّ الثّابت من أدلّة التّقاصّ ليس أزيد من جواز أخذه والتصرّف فيه مادام غريمه جاحداً أو مماطلاً.

وأمّا بعد الإقرار والبذل فيستصحب عدم جواز التصرّف، فإنّه قبل التقاصّ لم يكن جائز التصرّف وبعده لم يثبت الزائد عن الجواز مالم يبذل فيستصحب العدم بعد البذل، إلّا أنّه يتعارض الاستصحابان حينئذٍ ويرجع إلى التخيير.

وكذا الحكم لو كانت العين تالفة إلّا أنّ عدم الوجوب حينئذٍ أظهر لأصالة عدم لزوم التّغريم من ماله واستصحاب الأوّل، وهل يجوز له مع عدم ردّ المقتصّ به قبول ما بذله الغريم أيضاً؟ الظاهر: لا لسقوط حقّه بعد التقاصّ في نفس الأمر وإن لم يعلمه الغريم وكان غاصباً بحسب علمه. انتهى كلامه أعلى الله مقامه.

وممّا ذكرنا يظهر مواقع للنّظر في كلامه، مضافاً إلى ما في تمسّكه باستصحاب العدم السّابق على الوجود عند الشك في أمد الوجود وإلقاء التعارض بينه وبين استصحاب الوجود؛ فإنّه فاسد جدّاً قد برهن عليه في الأُصول، وقد عقد لذلك شيخ مشايخنا المولى المحقّق الأنصاري تنبيهاً في الاستصحاب، فلاحظه وتأمّل فيما قلناه جيّداً، فإنّه دقيق وبه حقيق.

وممّا ذكرنا يظهر ما فيما أفاده المصنّف من النظر من وجوه شتّى، كما لايخفى على المشتغل المتأمّل.

٢٠/١١٢ **قوله: إنّما الكلام في البدل المبذول.**

أقول: قد علم ممّا قدّمناه عدم الإشكال في كونه ملكاً لمالك المبدل منه من حين الدّفع ملكاً ما دامياً من غير فرق بين التّلف والحيلولة.

التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها ٣ : ٢٦١ ـ ٢٦٢

٢٣/١١٢ **قوله: بحيث يعدّ بذل البدل غرامة وتداركاً.**

أقول: لم أرَ وجهاً لذكر الغرامة أصلاً؛ إذ لا مدخليّة لها في تحقّق ملكيّة البدل أو السّلطنة المطلقة عليه، وإنّما الموجب له خصوص عنوان التّدارك؛ لأنّه عبارة عن إقامة شيء مقام آخر فيما زال عنه من الأوصاف، وقضيّته: تعنون الشيء الثاني بالعنوان الزّائل عن الأوّل من الملكيّة في مورد، والانتفاع بجميع وجوه المنافع في آخر.

٢٣/١١٢ ـ ٢٤ **قوله: وأمّا ما لم يفت إلّا بعض ماليس به قوام الملكيّة.**

أقول: الأولى تبديل «الملكيّة» بـ«الماليّة»؛ لأنّ الذي يدور مدار الانتفاع هو الماليّة لا الملكيّة، كما هو واضح.

وكيف كان، فهذا مثل الحيوان المقصود منه ظهره كالخيل والبغال والحمير فيما إذا وطئه غير المالك، فإنّه من جهة وجوب نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر لايعرف فيه كيلا يُعَيَّر به، كما دلّت عليه حسنة سدير وإن فات عنه الانتفاع به في البلد، لكن بمجرّد ذلك لايصدق فوات ما به قوام الماليّة من

المنافع، وحينئذ بذل مال في مقابل هذا النحو من المال بلحاظ فوات هذا النحو من المنفعة لايعدّ تداركاً؛ إذ لابدّ في صدقه من ذهاب شيء وقيام شيء آخر مقامه، وهو منتفٍ هنا حتّى عرفاً ؛ لأنّ الذّاهب إمّا الملكيّة وإمّا الانتفاعات، أي الماليّة، وهما موجودان في الحيوان المفروض، فبذل شيء في مقابله لايقتضي ملك المبذول له للمبذول ولا سلطنته المطلقة عليه؛ لأنّه فرع صدق عنوان التدارك على المبذول، وهو منتف كما مرّ.

فمن هذا البيان علم أنّ مراده من التدارك في قوله: «فالتدارك...» مجرّد بذل الشيء وليس بمعناه الحقيقي المتوقّف على زوال شيء آخر مفقود في المقام.

قوله : ولو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذٍ لم يبعد انكشاف. ١١٢/٢٤ـ٢٥

أقول: حكم الشارع به ليس فرضاً، بل هو ثابت لقول الباقر عليه السلام في حسنة سدير وإن كانت ممّا يركب ظهره اغرم قيمتها وجلد دون الحد وأُخرجت من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد آخر، حيث لاتعرف فيبيعها فيها كيلا يعيّر بها، وأمّا الغرامة فتدفع إلى مالكها وذلك بقرينة قوله : «فيما إذا كانت ممّا يؤكل لحمه ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها» وحينئذٍ يملكها المالك.

وأمّا العين ففي كونها للغارم فيكون ثمنها له أو للمالك وجهان: أوجههما بحسب الأُصول الثاني، إلّا أنّ الأقوى في النظر هو الأوّل، لا لأجل أنّ وجوب الإغرام أو نفس الإغرام يدلّ علىٰ كونها، كما نفى عنه البعد في المتن، كي يورد عليه بمنع الدّلالة، بل لأجل أنّ الظاهر أنّ الضمير المستتر في قوله: «يبيعها» مثل الضمائر المتقدّمة عليه راجع إلى «الرجل الواطي» لا إلى «صاحب البهيمة»، فيدلّ علىٰ كونها له، وإلّا لم يجز له بيعها.

وكيف كان، فقد قيل في المسألة بوجوب تصدّق الثمن، ولا دليل

عليه أصلاً.

ثمّ لا يخفى أنّ الصواب تبديل «الانكشاف» بـ«بالكشف».

٢٦/١١٢ **قوله: هذا كلّه مع انقطاع السلطنة.**

أقول: يعني الإشكال في أنّ العين بعد تداركها بدفع الغرامة: ملك الغارم أو باقٍ في ملك المالك الأوّل، إنّما هو في صورة انقطاع سلطنة المالك عن العين مع بقائها على مقدار ماليّتها السابقة لبقاء مافيها من الجهات للانتفاع على ماهو عليه.

ثمّ إنّ الصّواب تبديل «الملكيّة» بـ«المالية»، وإلّا لا يصحّ التقابل بين هذا وبين قوله رحمه الله: «أمّا لو خرج عن التقويم مع بقائها علىٰ صفة الملكية».

خروج العين عن التقويم ٣: ٢٦٢ ـ ٢٦٥

٢٩/١١٢ **قوله: ولو طلب.**

أقول: هذا مقول «قال» في قوله: «قال في شرح القواعد»، والمراد من التلف: تلف الخيوط.

٣١/١١٢ **قوله: ولم يدفع العين.**

أقول: يعني إلى الغاصب.

٣٥/١١٢ **قوله: ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه.**

أقول: يعني ترجيحه على استصحاب ملك المالك للمضمون، وقوله: «لصيرورته...» علّة للاقتضاء، وضميره راجع إلى المضمون. والمراد من المعوّض: هو القيمة.

٥/١١٣ **قوله: أمكن سقوطه ، فتأمّل.**

أقول: إمكان ذلك لقاعدة نفي الضّرر الوارد على الغاصب من لزوم الردّ السّليمة في المقام عن المعارض؛ إذ المفروض من جهة خروجه عن القيمة عدم ورود ضرر على المالك على تقدير عدم الردّ، كي يعارض القاعدة في فردي الضّرر، فتسقط لأجل المعارضة، فيرجع إلى إطلاق مايدلّ على وجوب

الردّ، كما في غير المقام ممّا كان المأخوذ مالاً ؛ لسلامته حينئذٍ عن الدّليل الحاكم.

هذا، ويمكن أن يقال: إنّ دليل نفي الضّرر بلحاظ وروده في مقام الامتنان لايعمّ الغاصب، فيبقى الإطلاق علىٰ حاله، ولعلّه إلى هذا أشار بالأمر بالتأمّل.

خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية ٣:٢٦٥

قوله: والبناء المستدخل فيه الخشبة. ٧/١١٣

أقول: مع فرض خروجها عن الماليّة بالإخراج عن البناء.

قوله: عنوان المسألة.

أقول: يعني مسألة البناء المستدخل فيه الخشبة المغصوبة.

قوله: فلاينافي ما تقدّم سابقاً.

أقول: وجه المنافاة أنّ مقتضى بقائه على ملك مالكه وجوب ردّه، فيجب إخراجه مقدّمة لردّه، فهو بلحاظ هذا الحكم منافٍ لحكمهم بعدم وجوب الإخراج الكاشف عن عدم وجوب الرّد، وأمّا وجه عدم المنافاة بعد الحمل علىٰ صورة التضرّر، فلأنّ بقاءه في ملكه إنّما يقتضي وجوب الرّد لو لم يلزم منه ضرر على الرّادّ، وإلّا فلا.

وبالجملة: المنافاة ناشئة من الملازمة بين الملكيّة ووجوب الرّد، ولا ملازمة بينهما إلّا في صورة عدم تضرّر الرّادّ بامتثال هذا الوجوب لا مطلقاً حتّى في صورة تضرّره به، فيمكن أن يكون ملكاً له، ولايجب على الغاصب ردّه لتضرّره به.

هذا، ولكن كلام صاحب المسالك آبٍ عن الحمل على ما ذكر؛ لأنّه صرّح بأنّ الأكثر صرّح بأنّه ينزع اللّوح المغصوب المدرج في السّفينة للغاصب ولو خيف من النّزع في السّفينة، كما يهدم البناء لردّ الخشبة ولا يبالي بما صنع؛ لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور ولايتمّ إلّا بهذا، وأنّ الغاصب

لايناسبه التخفيف، وهو الذي أدخل الضّرر على نفسه. انتهى.

فالتحقيق في دفع المنافاة أن يقال: إنّها تلزم لو كان مختار صاحب المسالك أيضاً عدم وجوب الإخراج والرّد، وهو غير معلوم، بل الظاهر من قوله: «ولو قيل بوجوب إعطائها (أي العين) المالك إذا طلبها كان حسناً، وإن جمع بين القيمة والعين» هو عدم قوله به، أوكان مختارهم بقاء الخيط والخشبة في هذا الفرض في ملك المالك، وهو أيضاً غير معلوم، فلعلّهم يقولون بانتقالهما إلى الغاصب عوضاً عن القيمة التي يدفعها إلى المالك.

٨/١١٣ **قوله: وهو ما لو خرج المضمون عن الملكيّة.**

أقول: مضافاً إلى خروجها عن الماليّة.

١٠/١١٣ **قوله: ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع.**

حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها ٣:٢٦٦

أقول: فرض الكلام صورة وجود العين مع تعذّر ردّه، وأمّا صورة التّلف فقد مرّ سابقاً أنّه لا عبرة بارتفاع القيمة بعد التلف على جميع الأقوال، وقضيّة إطلاقه عدم الفرق بين أن يكون قبل دفع القيمة أو بعده.

١٤/١١٣ **قوله ﷺ: لكنّ مقتضى القاعدة ضمانه.**

حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر وقبل الدفع ٣: ٢٦٦ ـ ٢٦٧

أقول: كذلك الأمر في صورة التّلف أيضاً، وما ذكره في وجه الفرق من تعيّن القيمة مع التّلف ممنوع، بل العين في ذمّته إلى زمان دفع القيمة، فيضمن الارتفاع على ما مرّ تقريبه، ومرّ عدم الفرق أيضاً بين الصّورتين في عدم جواز امتناع المالك من أخذ القيمة لو دفعها الضّامن.

١٧/١١٣ **قوله: ممّا لايجتمعان ظاهراً.**

أقول: لعلّ قوله: «ظاهراً» من جهة الإشارة إلى أنّ عدم الاجتماع بينهما مبنيّ على ظاهر حكمهم بكون يوم التعذّر بمنزلة يوم التّلف، من كون منزلته في تمام الأحكام حتّى في عدم ضمان ارتفاع القيمة بعده، وأمّا بناء على كون المراد منه كونه منزلته في جواز مطالبة القيمة بعده، فلاتنافي بين الحكمين.

إذا ارتفع التعذّر وجب ردّ العين ٣: ٢٦٧ ـ ٢٦٨

قوله: ثمّ لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين. ١٨/١١٣

أقول: قد مرّ أنّ الوجه فيه أنّ البدلية ماداميّة.

قوله: واستلزم ذلك. ٢٠/١١٣

أقول: الظاهر أنّ هذا جملة مستأنفة، و«ذلك» فاعل «استلزم» إشارة إلى الخروج. و«عدم ضمان» مفعوله، ونظره فيما اخترناه إلى قوله: «ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم» وقوله: «وسقوط وجوب الردّ» مبتدأ، و«للعذر العقلي» خبره، ولو بدّل قوله: «واستلزم ذلك» إلى قوله: ولازم ذلك، لكان أحسن.

قوله: فلا يجوز استصحابه. ٢١/١١٣

أقول: يعني استصحاب السقوط وجه عدم جوازه: عدم جريانه في الأحكام العقليّة.

قوله: بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان.

أقول: بعد ارتفاع الضمان بدفع الغرامة بعد التعذّر ـ على ما اختاره ـ لامحال للاستصحاب، لكن يمكن أن يقال: إنّ المتيقّن في السابق هو الضمان مطلقاً في حالتي التّعذّر والتمكّن، فبدفع الغرامة في حال التعذّر يشكّ في أنّ المرتفع به أصل الضمان أو خصوص الضمان في حال التّعذّر؟ ومادام متعذّراً فأين القطع بارتفاع الضمان بالمرّة؟ بلى هو مشكوك لاحتمال أن يكون المرتفع هو الضمان الخاصّ، فيستصحب أصل الضمان في حال التمكّن، ويترتّب عليه وجوب الرّد لوجود المقتضى وهو الضمان، وعدم المانع عنه وهو التّعذّر.

هل يعود ملك البدل إلى الغارم بمجرّد التمكّن من العين ؟ ٣: ٢٦٨ ـ ٢٦٩

قوله: وكون العين مضمونة بها. ٢٣/١١٣

أقول: قيل هو بالجرّ عطف على «الملك» المجرور بـ«علىٰ»، وجعل «الواو» بمعنى «مع» أولىٰ.

قوله: وجهان أظهرهما الثاني. ٢٤/١١٣

أقول: بل الأوّل؛ لأن خروجه عن ملك الغارم إنّما هو بمقتضى البدليّة، والظاهر أنّ البدليّة كما هي مشروطة بالعجز عن ردّ العين حدوثاً فكذلك بقاءً، وعلى فرض الشكّ لا مجال له أن يتمسّك بالاستصحاب المذكور في المتن؛ لأنّ الشّك فيه في المقتضى، وهو لايقول بجريانه فيه وإن كان التحقيق هو الجريان.

٢٥/١١٣ **قوله: أو يحدث ضماناً جديداً.**

أقول: المناسب لقوله في العنوان: «فيضمن العين» أن يقول هنا: فيحدث ضمان جديد، أو يقول: فيحدث ضماناً جديداً، بصيغة الإفعال، وعليه يكون الضمير المستتر المرفوع بـ«يحدث» راجعاً إلى «الزوال» المدلول عليه بقوله: «يزيل»، والأوّل أنسب؛ لأنّ الموجب للضّمان على تقديره هو اليد السّابقة لا الزّوال، إلّا أن يوجّه الثاني بأنّه من إسناد الشيء إلى عدم المانع وارتفاعه.

٢٦/١١٣-٢٧ **قوله: ووجوبها عليه.**

أقول: عطف على «القدرة»، والضمير المؤنّث راجع إلى «الإعادة»، وقوله: «للغرامة» فيما بعد هذه العبارة متعلّق بـ«الملكية»، والمراد من «المالك» فيها: مالك العين، فإذا زال ملكه عن الغرامة بأخذ العين فللغارم مطالبة الغرامة.

٢٨/١١٣ **قوله: فيجب دفعه.**

أقول: يعني يجب على المالك دفع المدفوع إليه بعنوان البدليّة مع وجوده، أو دفع بدله مع تلفه... إلى آخره.

٢٩/١١٣ **قوله: ولو لم يدفعه لم يكن له مطالبة الغرامة.**

أقول: الصواب «يدفعها»؛ لأنّ الضمير راجع إلى العين.

ثمّ إنّ الظاهر أنّه كان له ذلك بناء على المختار من عود البدل إلى ملك الغارم بمجرّد التمكّن من ردّ العين.

قوله: للمالك، فتأمّل. ٣٠/١١٣

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّها وإن لم تكن عوض قدرته عليه إلّا أنّها لها دخل في كونها عوضاً عن السلطنة بقاءً، كدخلها فيه حدوثاً، بمعنى أنّ المعوّض للغرامة هو السّلطنة للمالك على العين المقيّدة بعدم قدرة الغاصب على تحصيلها حدوثاً وبقاءً، فمهما حصلت له القدرة عليه خرجت السّلطنة عن المعوضيّة، فتخرج الغرامة عن العوضيّة فتعود إلى ملك الغارم، فله مطالبتها أوّلاً قبل دفع العين.

قوله: وليس ما عنده من المال عوضاً... إلى قوله: حتّىٰ سلطنة المطالبة. ٣٠/١١٣ ـ ٣١

أقول: فما تراه من عدم جواز مطالبة العين حين التّعذّر إنّما هو للعذر العقلي لا من جهة أخذه عوض السّلطنة على المطالبة.

قوله قدس سره**: ولذا لا يباح لغيره.** ٣١/١١٣

أقول: أي لأجل عدم كون الغرامة عوضاً عن مطلق السلطنة لا يباح العين بغير المالك بمجرّد بذل الغرامة بحيث يجوز تملّكها، وإلّا فلو كان عوضاً عن مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة لكانت من المباحات؛ إذ عدم السّلطنة عليها بنحو من الأنحاء يلازم عدم ملكه لها، ولازمه مع فرض عدم ملك غيره لها كونها من المباحات التي يجوز لكلّ أحد تملّكها.

ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل ٣: ٢٦٩

قوله قدس سره**: وممّا ذكرنا يظهر أنّه ليس للغاصب.** ٣١/١١٣ ـ ٣٢

أقول: يعني من عدم عود المدفوع إلى ملك الغارم إلّا بعد إرجاع السلطنة على العين إلى مالكها: يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك للعين القيمة المدفوعة غرامةً؛ إذ ليس للغاصب حينئذٍ مال عند المالك كي يجوز له ذلك كما في المعاوضة.

قوله: وممّا ذكرنا يظهر. ٣١/١١٣

أقول: يعني ومن أنّ للمالك حقّ المطالبة. والضمير في قوله: «كما اختاره» راجع إلىٰ عدم جواز الحبس، وذلك في قوله: «له ذلك» إشارة إلى الحبس، ومراده من «الأوّل» في قوله: «والأقوى الأوّل» عدم جواز الحبس.

١/١١٤ **قوله: لأنّه حبسه بحقّ.**

لو حبس العين فتلفت ٣ : ٢٧٠ ـ ٢٧١

أقول: فتكون اليد حينئذٍ غير اليد الأُولى ؛ لكونها عن حقّ دون الأُولى، فيرتفع عنه حكم الغصب لو كان هناك حكم مختصّ به، مثل وجوب الردّ فوراً والإثم على تركه، نعم يضمنه؛ لأنّ اليد وإن كانت عن حقّ إلّا أنّ كونها على العين لمّا كان لمصلحة نفسه كما في المستام يوجب الضمان؛ لأنّ الخارج عن عموم حديث «على اليد» ما كان إثباتها على مال الغير لمصلحة المالك.

قوله: والظاهر أنّه بقيمة يوم التلف.

أقول: عن المحقّق الرشتي قدس سره أنّه منافٍ لما اختاره سابقاً من عدم تجدّد الضمان بمجرّد التمكّن، وأنّ العين مضمونة بالغرامة المدفوعة لا بما في ذمّة الغاصب حتّى يكون المدار بقيمة يوم التلف. انتهىٰ.

٤/١١٤ **قوله: لا خصوص حين التلف.**

أقول : فلاينافي قوله: «بوجوب القيمة العليا» كما توهّمه السيّد العميدي قدس سره.

شروط المتعاقدين

- البلوغ
- القصد
- الاختيار
- إذن السيّد لو كان العاقد عبداً
- كون المالكين مالكين أو مأذونين

أو القول في بيع الفضولي

[شروط المتعاقدين]

[● البلوغ]

٨/١١٤ **قوله: المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصّبيّ.**

المشهور بطلان عقد الصبي ٣: ٢٧٥

أقول: يعلم البلوغ في الذّكور بأحد أُمور: خروج المني المعبّر عنه في الأخبار بالإدراك تارةً وبالاحتلام أُخرىٰ.

ونبات الشعر الخشن في العانة، كما في حسنة يزيد الكناسيّ وفي رواية حمران.

ونبات الشعر في الوجه، كما في رواية الكناسيّ المتقدّمة، فما عن المسالك من عدم العبرة به لعدم ثبوت كونه دليلاً شرعاً على البلوغ مردود بها؛ لكفايتها في كونها دليلاً عليه، إلّا أن يكون في الرواية ما يسقطها عن الحجّية اطّلع عليه هو بل وغيره أيضاً؛ لأنّهم لم يعدّوه من علائم البلوغ لبعد غفلتهم عنها فتأمّل؛ لأنّهم بحسب عادتهم لو لم يغفلوا عنها تعرّضوا لها، غاية الأمر مع الإشارة إلى ما فيها من المناقشة فالرّواية موجودة والمناقشة غير معلومة فينبغي العمل بها، ونسبة الغفلة إليهم وإن كانت بعيدة، إلّا أنّ تركهم التعرّض لها مع الالتفات إليها لعلّةٍ فيها اطّلعوا عليها دوننا أبعد، كما لايخفى على من اطّلع على ديدنهم في الكتب الاستدلالية.

وكيف كان، فالأمر الرّابع: هو السّنّ، ولاريب في أنّه في الجملة دليل على البلوغ نصّاً وفتوىٰ، وإنّما الرّيب والخلاف في مقداره، هل هو الدّخول في

أربعة عشر كما نقله على ما في الحدائق بعض الأفاضل المتأخّرين عن بعض القدماء، والشيخ في كتابي الأخبار، وأكثر محقّقي المتأخّرين؟ ولعلّ مراده من الـ«بعض»: ابن الجنيد القائل بالأربعة عشر لفهمه منه إرادة دخولها. ويدلّ عليه قوله في صحيحة ابن سنان: «إذا بلغ الغلام أشُدّه ثلاثة عشر سنة ودخل في الأربع عشر وجب عليه مايجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم، كتبت عليه السّيّئات وكتب له الحسنات، وجاز له كلّ شيء إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً». ومثلها رواية أُخرىٰ له.

أو بلوغ خمسة عشر كما هو المشهور على ما قيل، ويدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتضمّنة لقوله: «بلغ خمسة عشر»؟

وعلى هذا، هل المراد من بلوغها المعبّر به في الأخبار وكلمات المشهور هو دخولها كما اختاره في الحدائق، أو إكمالها كما عن المسالك؟

وجهان: منشؤهما اختلاف الفهم في صدق البلوغ إذا تعلّق بمركّب زماني كما في المقام، أو مكاني كما في قولك: بلغ خمسة[1] فراسخ، بمجرّد الدّخول في أوّل جزء من أجزاء العدد الأخير من أعداده، وعدم صدقه إلّا بإكمال جميع أجزائه؟ احتمالان: الظاهر هو الثاني؛ ولذا لايصدق ذلك فيما لو قال: بلغت سنة أو فرسخاً إلّا مع طيّه تمام الفرسخ ومضيّ تمام السّنة عليه، ولا فرق بينه وبين [من] بلغ خمسة عشر سنة أو خمسة عشر فرسخاً إلّا بزيادة أجزاء المركّب المفروض شيئاً واحداً ونقصها، وهو غير فارق؛ لأنّ متعلّق البلوغ في كلّ واحد منهما قطعة واحدة بحسب اللّحاظ قليلة الأجزاء تارة وكثيرها أُخرىٰ، وبلوغ القطعة الواحدة لايكون إلّا ببلوغ آخرها، ولا يتحقّق بلوغها مادام يبقى جزءٌ منها، وإلّا لصدق فيما إذا كانت قليلة الأجزاء كالسنة والفرسخ.

---

(١) في الأصل: خمس.

وماترىٰ من صدقه بالدّخول في الخامسة عشرة[١]، إنّما نشأ من تـوهّم أنّ الخمس عشرة سنة مركّبة من خمسة عشر جزءاً زمانيّاً جزئها الأخير السنة الخامسة عشرة[٢]، فيكون بلوغها ببلوغ ذاك الجزء الأخير، وبلوغه إنّما يتحقّق بوصول أوّل جزء من أجزاء ذاك الجزء الأخير.

لكنّه توهّم فاسد؛ لأنّ أجزاءها الآنات لا السّنين، فما فهمه الشهيد الثاني من الأخبار وعبارات أصحابنا الأخيار هو الحقّ الموافق للواقع.

كما أنّ الحقّ اعتبار إكمال خمسة عشر فـي تـحقّق البـلوغ بـالسّنين، فلايكفي الأقلّ، لكن لا للأخبار؛ لمعارضتها لما يدلّ على كفاية الشروع فـي الأربعة عشر، بل للاستصحاب.

هذا في الغلام، وأمّا في الأُنثىٰ، فبلوغها بحسب السّـنّ إتـمام التسـعة، لجملة من الأخبار، وما في بعض الأخبار من اعتبار العشر فهو غير معمول به على ظاهره.

إذا عرفت ذلك فنقول: الأقوىٰ ـ خلافاً للمشهور ـ عدم اعتبار البلوغ في صحّة العقد، مضافاً إلى العقل والقدرة على الإنشاء. وصحّة عقد الصبيّ بمعنى صحّة إنشائه وقصده مثل البالغ قبال بطلانه وكون قصده كلا قصد، مـثل عـقد النائم، وكذا صحّة تصرّفه في ماله بإذن الوليّ قبال بطلانه؛ وذلك لإطلاق أدلّة العقود في أبواب المعاملات مع عدم صلاحيّة ما استند إليه في الحكم بالفساد بدونه من حديث رفع القلم، وحديث: «لايجوز أمر الصّبيّ»، وحديث: «عمد الصّبيّ خطأ»، والإجماع والشهرة لرفع اليد عنه.

أمّا الشهرة فواضح، والعجب من المصنّف‏ﷺ أنّه مع اختياره عدم حجّيتها كيف اعتمد عليها في غير موضع من الفقه مثل المقام؟ فـتأمّل مـع أنّ عـبارة الكفاية تدلّ على أنّ الصّبي المميّز الذي هو محلّ البحث خـارج عـن مـحطّ

---

(١)، (٢) في الأصل: عشر.

الكلام المشهور، وأنّ الذي نسبه إليهم وهو بطلان عقد الصّبيّ إنّما هو عقد غير المميّز منه، فإنّه قال ـ في مقام التفريع على ما ذكره بقوله: «يشترط ان يكون المتعاقدان عاقلين بالغين على المشهور» ـ مالفظه : فلايصحّ بيع المجنون ولا الصّبيّ وكذا الشراء، وفي المميّز إشكال. انتهىٰ.

إلّا أن يقال: إنّ هذا إشكال منه رحمه الله في فتوى المشهور بالنسبة إلى المميّز، ويؤيّده إطلاق الصبيّ في كلماتهم.

وأمّا الإجماع، فلوجود الخلاف فيه، مع قوّة احتمال استنادهم كلّاً أو بعضاً إلى الأخبار الثلاثة لا إلى شيء آخر وصل إليهم دوننا.

هذا مضافاً إلى أنّ شمول معقد إجماع الغنية لمحلّ الكلام مشكل؛ لأنّه قال فيها ماهذا محكيّ ألفاظه: لاينفذ بيع من ليس بكامل العقل، وشراؤه، فإنّه لاينعقد وإن أجازه الوليّ بدليل ماقدّمناه من الاجماع ونفى الدّليل الشرعي. انتهىٰ.

ولايخفى أنّ الظاهر ممّن «ليس بكامل العقل» غير المميّز لا مطلق غير البالغ؛ فإنّ بعض أفراده كامل العقل بالوجدان، فلايشمله العنوان، وقد مرّ أنّ موضوع البحث هو الثاني لا الأوّل.

وأمّا حديث «عمد الصّبي وخطئه واحد»، فلاختصاصه بما كان لعمده حكم ولخطئه بما هو خطأ حكم آخر، وإلّا لما صحّ التنزيل، ويشهد له قوله عليه السلام: «تحمله العاقلة» في ذيل هذا التّنزيل في بعض الروايات، فلايشمل المعاملات وأمثالها من الأفعال المتقوّمة بالقصد والعمد بحيث لا حكم لخطئها أصلاً.

وأمّا حديث «عدم جواز أمر الصّبي»؛ فلأنّ غاية مايدلّ عليه إنّما هو عدم نفوذ أمره بالاستقلال، فلايعمّ ما إذا كان بإذن الوليّ أو إجازته؛ حيث إنّ الظاهر من الرواية عدم نفوذ أمره بما هو أمرٌ له ومضاف إليه، فلاينافي نفوذه بما

هو أمرٌ للوليّ ومضاف إليه بواسطة الإذن أو الإجازة، ولا ملازمة بين عدم نفوذه بالعنوان الأوّل وعدم نفوذه بالعنوان الثاني، وكذا لا منافاة بينهما؛ ضرورة أنّ الأوّل لا اقتضاء صِرف، ولا تنافي بين الاقتضاء واللّا اقتضاء؛ وذلك الظهور إنّما هو من جهة ظهور إضافة الأمر إلى ضمير الصّبي في الاستقلال، لا من جهة مرادفة الجواز للنفوذ؛ لأنّ مجرّد ذلك مع قطع النظر عن اقتضاء الإضافة للاستقلال وفرض كونها لمطلق الدّخالة في المعاملة لا دلالة له على المطلب.

وبالجملة: لا دلالة لمثل هذا الحديث على سلب عبارة الصّبي كما هو محلّ البحث، ولا دلالة له أيضاً على بطلان أفعاله وعدم ترتّب الأثر عليها من قبضه وإقباضه إذا كان بإذن الوليّ أو إجازته، بل الّذي يقتضيه التّأمّل في هذه الأخبار أنّ المراد من أمره المحكوم عليه بعدم الجواز هو التصرّف في ماله المحتمل فيه الضّرر، كالمعاوضات ومنها النكاح من جهة الصداق، فضلاً عن الضّرر المقطوع به كما في الهبة، فلايعمّ مثل التصرّفات التي توجب زيادة ماله كما في حيازة المباحات وأخذ الوجوه المنطبقة عليه من الخمس والزّكاة والمظالم والكفّارات وأمثال ذلك، كما يشهد بذلك الاستثناء منه في روايتي ابن سنان بقوله عليه السلام: «إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» حيث إنّ الأمر الذي لايجوز منهما هو خصوص تصرّفاتهما الماليّة، ولايعمّ مثل الحيازات وقبول الهبات فضلاً عن سلب عبارتهما.

وأمّا حديث الرّفع؛ فلأنّ دلالته عليه مبتنية على كون المراد من القلم فيه : قلم مطلق الأحكام وإن كانت وضعيّة حتّىٰ يعمّ المقام، وهو ممنوع مثل كون المراد منه قلم الكرام الكاتبين فيختصّ بالأحكام؛ لأنّ الّذي يكتبه الحفظة الكرام إنّما هو أفعال العباد من حيث تعلّقها بها، كما استظهره المستدلّ به على عدم شرعيّة عبادات الصّبي، مع قوله بثبوت الأحكام الوضعيّة في حقّه، بل المراد منه: قلم الحمل والثقل؛ لأنّ الظاهر من الرّفع المتعدّي بـ«عن» ـ كما

يشهد به ملاحظة موارد استعمالاته ـ أن يكون المرفوع ثقلاً على المرفوع عنه ولو تنزيلاً، ولا ثقل في غير الإيجاب والتّحريم:

أمّا في سائر الأحكام التكليفيّة فواضح، وأمّا في الأحكام الوضعيّة، فلأنّ ثقليّتها إنّما هي بلحاظ ما تستتبعه من الأحكام الإلزامية التكليفية، لا بما هي هي وإن تجرّدت عنها كما في الصّبي والمجنون والنائم إلى زمان البلوغ والإفاقة واليقظة، لارتفاع الآثار الإلزاميّة عنهم بحديث رفع القلم مثلاً ـ سلبيّة شيء لشيء غير التّكليف.

وكذا الشرطية والمانعيّة والرّافعيّة والقاطعيّة لا ثقل فيها إلّا بلحاظ مايترتّب عليها من الأحكام الإلزاميّة فالحديث يرفعها بهذا اللّحاظ، ومرجعه إلى رفع الأحكام الإلزاميّة، إلى وقت كذا، وأمّا بلحاظ أنفسها وذواتها فلا، بل يبقى غير مرفوعة عنهم، فلوازمها المرفوعة بالحديث قبل انقضاء مدّة الرّفع تترتّب عليها بعده.

وبالجملة: المرفوع بالحديث قلم الثقل، وهو قلم المشقّة والتكليف، فلاينافي ثبوت الأحكام الغير الإلزاميّة بمقتضى الأدلّة المثبتة لها بالعموم أو الاطلاق.

فإن قلت: اختصاص المرفوع بالتكليف والإلزام كافٍ في الحكم ببطلان عقد الصّبي، حيث إنّ دليل الصحّة آية وجوب الوفاء بالعقد، ولايجب عليه الوفاء بعقده، فلا دليل على الصحّة.

قلت : فيه:

أوّلاً: إنّ دليل الصحّة غير منحصر بتلك الآية الشريفة؛ لدلالة آيتي حلّ البيع والتجارة عن تراضٍ عليها.

وثانياً: لو سلمنا الانحصار فيها لقلنا: إنّ لازم ذلك عدم الصحّة مادام صبيّاً لايجب عليه الوفاء لا مطلقاً حتى بعد البلوغ ووجوب الوفاء عليه، فتدلّ

على الصحّة بعد البلوغ، وهذا لا يجتمع مع سلب عبارته وكونها لغواً بالمرّة.

وهذا الّذي ذكرناه في معنى الحديث هو السرّ فيما اشتهر في الألسنة من أنّ الأحكام الوضعيّة غير مختصّة بالبالغين، نعم في الأحكام الوضعيّة ما يرتفع عن الصّبي بالحديث لخصوصيّة فيه، وهو ما كان لفعليّة حُرمة الفعل دخل بطور الشرطيّة؛ لثبوته في حقّ فاعل ذاك للفعل، كما في محظورات الصّوم والإحرام ـ عدا الصّيد فإنّ سببيّتها للكفّارة مختصّة بصورة حرمتها على الفاعل بالفعل ـ فإذا ارتفعت الحرمة ارتفعت السّببيّة لانتفاء الشرط، وإلّا يلزم الخلف، بل ليس هذا عند التأمّل من رفع الحكم الوضعيّ في شيء، وإنّما المرفوع موضوعه.

ومن هذا القبيل أيضاً القتل بغير حقّ؛ إذ المعتبر في سببيّته للقصاص حرمته بالحرمة الفعليّة، فلا قصاص بدونها، بل فيه الدّية ولا فرق في عدم حرمة القتل بين أن يكون لأجل الخطأ وعدم العمد وبين أن يكون لأجل صباوة القاتل ونومه وجنونه.

ومن هنا يعلم أنّ الوجه في ارتباط قوله عليه السلام: «وقد رفع القلم» بما قبله ـ في رواية ابن سنان المذكورة في الوسائل في باب حكم غير البالغ وغير العاقل، وحكم القاتل بالسّحر ـ إنّما هو علّيته لقوله عليه السلام: «عمد الصّبيّ خطأ» لا ما ذكره المصنّف قدس سره من علّيته لقوله عليه السلام: «تحمله العاقلة أو معلوليّته لقوله عليه السلام: «عمد الصّبيّ خطأ». وتقريب ذلك: أنّ اختلاف القتل العمدي والخطئي بثبوت القصاص في الأوّل والدّية في الثاني، إنّما هو من جهة فعليّة الحرمة في الأوّل دون الثاني، فلو اتّفق أنّه لم يحرم في الأوّل لحديث رفع القلم وجب فيه الدّية مثل الثاني، فيكون المعنى أنّ عمد الصّبي بلحاظ أنّ القتل منه معه لا يحرم عليه لرفع القلم عنه يكون خطأ وبمنزلته تحمله العاقلة.

والحاصل: أنّ المدار في القصاص في القتل وقوعه على الوجه المحرّم، وفي الدّية وقوعه لا على هذا الوجه، وليس التعبير بالعمد والخطأ لمدخليّتهما

في ذلك، بل لملازمة الأوّل للحرمة والثاني لعدمها، فالمراد من الخطأ في الحديث: القتل الغير المحرّم الموجب لأمرين: الدّية وكونها على العاقلة إذا صدر عن الصّبي، فكأنّه عليه‌السلام قال: عمده ـ أي ما فعله عن عمد ـ ليس بحرام عليه؛ لأنّه رفع عنه القلم ـ أي قلم التكليف الالزامي ومنه التحريم، فيترتّب عليه أثر القتل الغير المحرّم، وهو الدّية وكونها على العاقلة.

وأمّا ما ذكره المصنّف في وجه الارتباط من كونه معلولاً لتنزيل العمد منزلة الخطأ، أو علّة للحكم بكون الدّية على العاقلة، ففيه نظر: أمّا في الأوّل: فلأنّ اللّازم عليه أن يقول: «فرفع» بالفاء بدل «ورفع» بالواو، فتأمّل.

وأمّا في الثاني: فلأنّ رفع القلم أعمّ من كون الدية على العاقلة، فلايصحّ تعليله به؛ لأنّ ثبوت الأعمّ لايدلّ على ثبوت الأخصّ، إلّا أن يريد من كونها على العاقلة لازمه، أعني سقوطه عن الصّبيّ، كما يدلّ عليه تفسيره به بقوله بعد ذلك: «أعني عدم مؤاخذة الصّبيّ والمجنون بمقتضى جناية العمد وهو القصاص».

هذا، مضافاً إلى أنّ ما ذكرناه في وجه الارتباط سالم عمّا يرد على ما ذكره المصنّف وهو أمران، أحدهما: الالتزام بخروج مثل إتلافاته بناء على العلّية، والآخر: خروج مثل حيازته للمباحات وإحيائه للموات ممّا يعتبر القصد في سببيّته للملك؛ بناءً على المعلوليّة؛ لأنّها صحيحة مؤثّرة في الملك من الصّبيّ أيضاً، وهو بعيد؛ لإباء سياقها عن التّخصيص.

ووجه السّلامة؛ بناء على ما ذكرنا يظهر بالتّأمّل فيما مرّ في تقريب وجه الارتباط، ومعه لايبقى مجال لاستظهار المطلب ـ يعني سلب عبارة الصبي ـ من حديث رفع القلم، فافهم واغتنم.

وأمّا ما ورد في الأخبار المستفيضة من «أنّ عمد الصبي وخطأه واحد» ففيه: أنّه وإن كان فيه إشعار بالاختصاص بالجنايات إلّا أنّه لايكفي مجرّد ذلك

في إثبات المطلب، بل لابدّ فيه من إثبات الإطلاق له للمقام، وهو غير معلوم، فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقّن، وهو إمّا خصوص الجناية كما هو ظاهر الأصحاب من جهة ذكرهم له في باب الجنايات، أو مطلق الفعل الّذي للعمد دخل في حرمته من البالغ، كما هو الظاهر من استدلال الشيخ والحلّي في محظورات الإحرام، بل لنا دعوى الجزم بعدم الإطلاق له على نحو يفيد سلب عبارة الصّبي؛ إذ لاينبغي الإشكال في أنّ الكلام مسوق لا لبيان أنّ عمد الصّبي خالٍ عن الحكم بالمرّة، وأنّه لا أثر له أصلاً، بحيث يكون المعنى: أنّ فعله العمدي وفعله الخطئي واحد في عدم الحكم، فكما أنّ فعله الخطئي لغو صرف لا أثر له أصلاً، كذلك فعله العمدي؛ لوضوح بطلانه من جهة أنّ فعله الخطئي له حكم وأثر شرعاً، بل مسوق لبيان إثبات حكم الخطأ على عمد الصّبي، وأنّ عمده متّحد مع خطئه في الحكم، فلابدّ أن يكون لخطئه حكم، فيختصّ بباب الجنايات، كما فهمه الأصحاب بمقتضى ذكرهم إيّاه في ذاك الباب.

وكيف كان، فقد ظهر ممّا قدّمناه صحّة معاملات الصّبي، بمعنى عدم سلب عبارته، هذا مضافاً إلى رواية الحلبي ـ الآتي ذكرها في مبحث الفضولي ـ في جريان الفضولي في الإيقاع وعدمه، الوارد في حكم طلاق زوجة الصّبي البالغ عشر سنين، وأنّه يصحّ إذا أدرك الغلام وأمضى الطّلاق الواقع في حال صغره؛ بناء على كون المسؤول عنه فيها طلاق الغلام لا طلاق أبيه؛ حيث إنّها بناء عليه تدلّ على عدم سلب عبادة الصّبي وهو ابن عشر سنين، وإلّا فلايكون موضوعاً للإمضاء والإقرار.

ولافرق قطعاً في مسألة سلب عبارته وعدمه بين الطّلاق والبيع، وبين الإيقاع والعقد، إلّا أن يقال: بأنّ الرّواية من جهة مخالفته للإجماع علىٰ عدم جريان الفضوليّة في الإيقاع، ومنه الطّلاق الّذي هو موردها لايصحّ الاستناد إليها، ولكن فيه ما يأتي في الفضولي من الخدشة في الإجماع.

ويدلّ علىٰ عدم سلب عبارته أيضاً ما رواه الكليني﴿، عن محمّد بن يحيى، عن سلمة بن الخطّاب، عن الحسن بن عليّ بن يقطين، عن عاصم بن حميد، عن إبراهيم بن أبي يحيى، عن أبي عبدالله﴿ قال: «تزوّج رسول الله﴿ أُمّ سَلَمة، زوّجها إيّاه عمر بن أبي سَلَمة وهو صغير لم يبلغ الحلم»؛ إذ الظاهر منها وكالته عنها في التزويج والعقد عليها كما فهمه صاحب الوسائل، حيث ذكره في باب حكم كون الصّبيّ المميّز وكيلاً في العقد قبل البلوغ، ولم يثبت كون ذلك من خواصّه﴿، ودعوى أنّه من أحكام الشرائع السابقة كما ترى كدعوى مخالفته للإجماع؛ لما مرّ فيه من المناقشة.

وبالجملة: لا شبهة في دلالة الرواية، فتدبّر.

وأمّا صحّة معاملاته وسائر تصرّفاته النّاقلة ـ بمعنىٰ نفوذها ـ فهي مبنيّة علىٰ كونها مسبوقة بإذن الوليّ أو ملحوقة بإجازته فتصحّ، وإلّا فلا، فإن علم ذلك وجوداً أو عَدَماً فهو، وإن شكّ، فإن كان بعد وقوع المعاملة فالمرجع في جميع الصور الآتية: أصالة الصحة على ما هو التحقيق من عدم الفرق بين أن يكون منشأ الشكّ في الصحّة هو الشكّ في ركن المعاملة أو غيره؛ لجريان دليل الصحّة في كلا المقامين، ولا فرق في ذلك بين كون الشاكّ هو نفس الصّبي، أو طرفه في المعاملة، أو شخص ثالث.

وإن كان الشكّ فيه حين إيقاع المعاملة، فلاتخلو الحال: إمّا أن يعلم أنّ المبيع مثلاً له أو لغيره.

وعلى الأوّل: هل له وليّ أم لا؟

وعلى الأوّل: أذنَ له الوليّ أم لا؟

وعلى الثاني: إنّ صورة كونه للغير أذن له ذلك الغير أم لا؟

وعلىٰ جميع التقادير: إمّا أن يكون له سلطنة خارجية على المال، بأن يكون تحت يده، أم لا؟

أمّا صُوَر سلطنته الخارجيّة، فالظاهر فيها هو الصحّة، مثل صور العلم بسبق الإذن ممّن له الإذن؛ وذلك لإجراء قاعدتين فيها أعني فيهما: قاعدة اليد وقاعدة الصحّة في الأفعال.

الأُولىٰ في سلطنة الخارجيّة لإثبات كونها عن حقّ، بتقريب أنّ التّحقيق: أنّ اليد أمارة علىٰ ثبوت غاية مايمكن ثبوته في كلّ موردٍ من مراتب الحقّ لذي اليد على متعلّقها المختلفة باختلاف موارد اليد حسب اختلاف المقدار الممكن ثبوته فيه من مراتب الحقّ.

فتارةً: يكون مرتبة الحقّ المستكشفة باليد ملك رقبة العين، كما في موارد دوران الأمر بينه وبين العدوان عليها.

وأُخرىٰ: تكون ملك المنفعة، كما في موارد دورانه بين الإجارة وبين غصب المنفعة مع العلم بكون العين للغير.

وثالثة: تكون ملك الانتفاع، كما في موارد دوران الأمر بين العارية وبين العدوان، مع العلم بأنّ العين للغير عيناً ومنفعة.

ورابعة: تكون مجرّد الولاية على الحفظ، كما في دوران الأمر بين الوديعة وغيرها، وهكذا.

وبالجملة: اليد مطلقاً ولو من الصّبي أمارة علىٰ كون ذي اليد ذا حقّ علىٰ ما في يده.

وأمّا أنّ هذا الحقّ الثّابت باليد هل هو ملك العين أو شيء آخر؟ فتعيّنه علىٰ عهدة الخصوصيّات في مواردها كما عرفت، هذا في الأُولىٰ أعني قاعدة اليد.

وأمّا الثانية أعني أصالة الصحّة، فمورد إجرائها جعل الصّبي ما بيده من المال في معرض البيع؛ لأنّه فعل من الأفعال، فيعمّه دليل أصالة الصحّة من السيرة وبناء العقلاء، والشاهد علىٰ ذلك: هو الشّراء من البائع البالغ مال الغير

بمجرّد احتمال الوكالة عن مالكه، وعدم عملهم بأصالة عدم الإذن له، وعدم تفحّصهم عن ذلك، ولا وجه له إلّا حمل ذاك الفعل منه على الصحيح، ولا فرق في ذلك بين البالغ وبين الصّبي.

وأمّا صور عدم سلطنته الخارجية على المال وعدم كونه في يده وتحت سيطرته، فإن ادّعى أنّه مأذون في بيعه فيحكم بالصحّة بناءً على ثبوت الدّعوى بلا معارض، لكنّه مشكل بل ممنوع، قررّناه في كتاب القضاء، وإلّا فلا وجه للحكم بالصحّة.

هذا كلّه فيما إذا لم يكن هناك مايدلّ على حصول الإذن، كما إذا كان تصدّيه للبيع بمحضر من المالك أو الوليّ، وكان قاعداً في الدّكان مشغولاً بالكسب على رؤوس الأشهاد مثل البالغين، وغير ذلك ممّا يظنّ بل يطمئن لأجله بحصول الإذن له، وإلّا كما في كثير من معاملات الصبيان فلا إشكال في الصحّة.

هذا فيما إذا علم أنّ له وليّاً، وأمّا إذا شكّ في ذلك أو علم عدمه، فمقتضى القاعدة: عدم صحّة معاملته إلّا إذا كان طرفه في المعاملة من له ولاية عليه لولا الوليّ الإجباريّ من الحاكم أو المؤمن العادل أو مطلق المؤمن، إمّا بنحو الترتّيب كما هو المشهور والأحوط، أو بدونه كما لايبعد، فيمكن تصحيح معاملته بالإذن ولو من طرف معاملته على تأمّل في ذلك.

وللمولى المحقّق الحاج سيّد باقر الرّشتي الاصفهاني المعروف المشهور بحجّة الاسلام‌ قدس‌سره كلام في أجوبة مسائله يناسب المقام لابأس بذكره. قال باللغة الفارسية ماهذا ترجمته بالعربية:

السّؤال: إذا اشترى صبيّ من قبل الوليّ أو غيره من السّوق لحماً أو خبزاً أو غيرهما ممّا له قيمة معيّنة وأعطى ثمنه، فهل هذه المعاملة منه يوجب الإباحة أم لا؟ وهذا البيع والشراء بلحاظ أنّه من قبيل الآلة داخل في المعاطاة

أم لا؟ وأيضاً يعطي الصّبيّ للعطّار فلساً أو فلسين ويشتري منه شيئاً بلا وزن مع عدم كونه قابلاً للوزن في الأغلب، ومدار الخلق علىٰ هذا، هـل يـوجب ذلك الإباحة أم لا؟

الجواب: أنّ للمسألة أقساماً عديدة:

الأوّل: أنّ المشتري من الصّبي يعلم أنّ المال المبيع لنفس الصّـبي، وأنّ الوليّ لم يأذن له في بيعه، ولا وجه ولا طريق للصحّة في هذا القسم.

والثاني: أنّ المشتري يعلم أنّ المبيع له ولم يعلم بإذن الوليّ فيه وعدمه، فإن كان البيع بأقلّ من ثمن المثل فلا طريق لصحّته أيضاً، وإن لم يكن بأقلّ منه فالظاهر أنّ تصرّف المشتري فيما اشتراه منه صحيح ولا بأس به، وأمّا الحديث المعتبر: «والغلام لايجوز أمره في الشراء والبيع...» فالظاهر أنّه غير منافٍ لمـا ذكر.

الثالث: أنّ المشتري يعلم أنّ الّذي يبيعه مال الوليّ، فإن لم يعلم بإذنه فيه فلايصحّ، وإن علم بإذنه فيه جاز له أن يتصرّف فيه وإن كان بأقلّ من ثمن المثل أيضاً.

والرابع: أن يعلم المشتري أنّ مايريد بيعه لشـخص آخـر غـير الصّـبيّ والوليّ، فإن لم يعلم أنّ بيعه بإذن المالك فلايجوز، وإن علم بإذنه فيه، فـإن لم يكن بأقلّ من ثمن المثل، فالظاهر أنّه لا بأس بالتصرّف.

وما ذكرناه في مال يجعله مبيعاً ويبيعه من الأقسام، ومالها من الأحكام جارٍ في مالٍ يجعله ثمناً.

وبالجملة: نظراً إلى مضمون الحديث المذكور: «الغلام لايجوز أمره في البيع والشراء» ليس لبيع الصّبي وشرائه لزوم، ولكن الحكم فيه من حيث جواز التصرّف وعدمه إنّما هو علىٰ نحو ما ذكرنا. انتهى كلامه رفع مقامه.

هذا كلّه في معاملات الصّبيّ، أمّا عباداته فالأقوىٰ وفاقاً للمشهور صحّة

العبادات المستحبّة على البالغين منه؛ وذلك لإطلاق الأدلّة السّالمة عن المقيّد المعتبر في كلا المقامين، وأمّا العبادات الواجبة على البالغين فلنا أن نقول بصحّتها من الصّبي المميّز أيضاً، لا لإطلاق أدلّتها ـ مثل ﴿أَقيمُوا الصَّلاةَ﴾[1] ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾[2] ﴿وَلِلّٰهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ...الآية﴾[3] وأمثال ذلك من الإطلاقات ـ حتّى يورد عليه باستلزامه استعمال اللّفظ في المعنى الحقيقي والمجازي، أعني الوجوب والنّدب، وإن كان فيه ما فيه كما يأتي، بل لما رواه في الكافي بسنده عن طلحة بن زيد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إنّ أولاد المسلمين موسومون عند الله: شافع مشفّع، فإذا بلغوا اثنتي عشرة سنة كتبت لهم الحسنات، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السّيّئات».

[و] وجه الدلالة : أنّ الحسنات تعمّ كلّ عمل فيه ثواب، فتعمّ الواجب مثل المندوب، ودعوى الاختصاص بالثاني مجازفة.

لايقال : إنّه أخصّ من المدّعى لعمومه جميع افراد المميّز وإن لم يبلغ الاثنتي عشرة.

لأنّا نقول: إنّ الشّرط فيه للإشارة إلى آخر أزمنة إمكان حصول التّمييز عادة، بمعنى أنّ التمييز لايتأخّر عن ذاك الزّمان عادة، كما أنّ التعبير بـ«السّت» في بعض أخبار أمر الصّبيّ بالعبادة للإشارة إلى أوّل أزمنة إمكانه عادة، والتعبير بـ«السّبع» و«الثّماني» و«التّسع» في بعض أخباره الأُخر للإشارة إلى أوسط أزمنة إمكانه لاختلاف أشخاص الصّبيان، فلاتنافي بين هذه الأخبار.

ويدلّ على الصحّة أيضاً: بعض الأخبار الظاهرة في وجوب الصوم على

---

(١) البقرة: ٤٣.

(٢) البقرة: ١٨٥.

(٣) آل عمران: ٩٧.

الصبيّ عند التّتبع أو الأزيد أو الأنقص، التي عرفت عدم الاختلاف بينها، وأنّ المراد من جميعها: التمييز، والاختلاف في التعبير ناظر إلى اختلاف الصبيان في زمان التمييز.

[و] وجه الدّلالة: أنّ المراد منها بملاحظة حديث رفع القلم هو الندب، وبعد ضمّ عدم الفصل بينها وبين سائر العبادات الواجبة يتمّ المطلوب، ويمكن الاستدلال على الصحّة بالإطلاقات أيضاً؛ لمنع لزوم استعمال اللّفظ في المعنى الحقيقي والمجازي؛ لابتنائه على كون ظهور الأمر في الوجوب وضعيّاً لا إطلاقيّاً، وهو خلاف التحقيق لما قرّر في محلّه.

١١/١١٤ **قوله: واستثناء إيصال الهدية وإذنه في دخول الدّار يكشف.**

أقول: هذا دفع لما يمكن أن يقال، وهو أنّ عبارة العلّامة لاتدلّ على بطلان عقد الصّبي، بمعنى سلب عبارته، بل غاية مايدلّ عليه بطلان تصرّفه وعدم ترتّب الأثر على فعله الّذي يصدق عليه التصرّف، فلا تدلّ علىٰ عدم ترتّب الأثر على عبارته وإنشائه فيما لايصدق عليه التصرّف، كما إذا ساوم وليّه متاعه وعيّن قيمته وأمر الصّبيّ بإجراء العقد مع الطّرف الآخر، أو كان وكيلاً عن الغير في إجراء العقد؛ إذ لايصدق التصرّف على العقد في المثالين.

وحاصل الدّفع: أنّ المراد من التصرّفات في عبادته: مطلق الأفعال وإن لم يصدق عليها التصرّف، وذلك بقرينة استثناء الإيصال والإذن اللذين ليسا من التصرّفات القوليّة والفعليّة؛ فإنّ هذا ـ بضميمة أنّ الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل ـ يكشف عن دخولهما في التصرّف المستثنىٰ منه، ولايكون هذا إلّا بإرادة مطلق الفعل منه، فحينئذٍ يشمل صرف إجراء العقد أيضاً.

هذا، ولا وجه لتخصيص ذلك باستثنائهما؛ لجريانه فيما عدا الوصيّة والتدبير من الأُمور المستثناة.

وكيف كان، يمكن أن يقال عليه: بأنّ ظهور الاستثناء في الاتّصال معارض بظهور التصرّف فيما لايعمّ مجرّد العقد، فكما يجعل الأوّل قرينة على التصرّف في الثاني بما ذكره، كذلك يمكن جعل الثاني قرينة على التصرّف في الأوّل بحمله على الانقطاع، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر فتأمّل، فيعرض عليه الإجمال.

ومن هنا يظهر الخدشة فيما يأتي من استناده في شمول معقد إجماع التذكرة للعقد إلى أنّ استثناء الإحرام ـ الذي لايجوز إلّا بإذن الوليّ ـ شاهد على أنّ المراد من الحجر في عبارته يعمّ سلب العبارة؛ حيث إنّ استثناء مثل ذلك يدلّ على عموم المستثنى منه لما وقع منه بإذن الولي أيضاً، فيعمّ عقده بإذنٍ منه أيضاً، فقد حكم في المستثنىٰ منه بعدم صحّته بمقتضى العموم، ولا نعني من سلب العبارة إلّا هذا.

[و] وجه الخدشة: أنّه مبنيّ على اتّصال الاستثناء، وقد عرفت الإشكال فيه، ولعلّه لأجل هذا عبّر بقوله: «بناء على أنّ استثناء الاحرام»، ولم يعبّر بقوله: «فإنّ استثناء الاحرام»، فإنّه يشعر بعدم جزمه به، ولا وجه له إلّا احتمال الانقطاع.

ثمّ إنّه لم أفهم الوجه في جعل كشف استثناء الإيصال والدّخول كشفاً بالفحوىٰ، وما ذكره من التعليل غير مقتضٍ له، نعم لو علّله بما يدلّ علىٰ كونهما من قبيل الفحوى لصحّ التعبير بالفحوى، ولكن كان التعليل غلطاً؛ ضرورة أنّهما من الأفعال.

الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصّبي ٣: ٢٧٦ ـ ٢٧٧

قوله: حتّى يبلغ خمسة عشر سنة... الحديث. ١٦/١١٤

أقول: آخر الحديث: «أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك». والمراد من قوله: «يشعر» خروج الشعر في وجهه، والمراد من الإنبات: إنبات الشعر في عانته؛ وذلك لقول الباقر عليه‌السلام في حسنة يزيد الكناسيّ وهي طويلة: «إنّ الغلام

إذا زوّجه أبوه كان له الخيار إذا أدرك، أو بلغ خمسة عشر سنة، أو أشعر في وجهه، أو أنبت في عانته» وفيها دلالة على كون الإشعار في الوجه دليلاً على البلوغ، فما عن المسالك من عدم ثبوت دليل عليه، ليس على ماينبغي، وقد مرّ الكلام في ذلك.

المناقشة في دلالة حديث رفع القلم ٣: ٢٧٨

٢١/١١٤ قوله: لا قلم جعل الأحكام.

أقول: كما صرّح به في المقابس حيث اختار البطلان، واستند فيه ـ مضافاً إلى الأصل والإجماع ـ إلى حديث رفع القلم، وقال: إنّ مقتضاه رفع الأحكام الشرعيّة بأسرها، وكون عبارته مسلوبة العبرة كالبهائم.

المناقشة في دلالة هذه الروايات ٣: ٢٧٧

١٩/١١٤ قوله: إذا ساوم وليّه.

أقول: المساومة ـ كما في المجمع ـ المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة، وفصل ثمنها.

المناقشة في دلالة حديث رفع القلم ٣: ٢٧٨

٢١/١١٤ قوله﴿ره﴾: وثانياً: إنّ المشهور.

أقول: مرجع ذلك إلى جعل شهرة عدم اختصاص الأحكام الوضعيّة بالبالغين قرينة على التصرّف في الحديث علىٰ تقدير ظهوره في رفع قلم جعل الأحكام، بحمله على قلم جعل الأحكام التكليفية.

فإن قلت: بعد البناء على رفع الحكم التكليفي عن الصّبي لايبقى هناك وضع في حقّه بناء على انتزاعيّته من التكليف، كما اختاره المصنّف﴿ره﴾ مصرّاً عليه.

قلت: نعم، لو كان المنتزع منه الوضع عنده خصوص التكليف المنجّز، وليس كذلك بل أعمّ منه ومن المعلّق، والمرفوع عنه هو الأوّل فقط، ولا ضير في انتزاع الوضع المنجّز عن التكليف المعلّق؛ إذ الوجود التقديري أيضاً تحقّق في نفسه قبال العدم، كما ذكره في بعض تنبيهات الاستصحاب، فعلى هذا يكون عقد الصبي من حين صدوره سبباً للنّقل، لكن يتأخّر التكليف بالوفاء من حيث

القبض والإقباض إلى زمان البلوغ، فلو أتلف المبيع كذلك قبل بلوغه فقد أتلف مال المشتري، فلو مات قبل بلوغه أخرج بدله من تركته، كما لو أتلف سائر أمواله.

هذا، ويتّجه علىٰ هذا المسلك: أنّه قد يتّفق في بعض الموارد أنّه لايكون هناك تكليف معلّق على البلوغ أيضاً كي ينتزع عنه الوضع، كما إذا أتلف الصبي مال الغير ولم يكن له مال بعد بلوغه إلى أن مات، فتأمّل، فإنّ للكلام محلّاً آخر.

هذا، ولكن يتّجه على ما ذكره‌رحمه‌الله بأنّه إن أراد من الأحكام الوضعية التي نسب عدم اختصاصها بالبالغين جميعها، ففيه: أنّه ينافي نسبة فساد عقود الصبيّ وإيقاعاته إلى المشهور في صدر العنوان، وإن أراد منها بعضها قبال اختصاص كلّها بهم فهو حقّ متين، ولكنّه لايجدي فيما هو بصدده من إثبات صحّة بيعه وعقده.

قوله: وثالثاً سلّمنا اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. ٢٣/١١٤

أقول: حاصل هذا الوجه علىٰ نحو لايرجع إلى الثاني، أمّا على تقدير تسليم اختصاص الأحكام الوضعية علىٰ وجه الفعلية بالبالغين، وأنّها بالنسبة إلى غيرهم على وجه التعليق مثل الأحكام التكليفية، لا علىٰ وجه الفعليّة في حقّهم مثل البالغين علىٰ خلاف الأحكام التكليفيّة كما هو مفاد الوجه الثاني، نقول: لايدلّ الحديث أيضاً على سلب عبارته؛ إذ مفاده حينئذٍ رفع سببيّة عقده للملك مادام صبيّاً، ولاينافي ذلك ثبوت السّببيّة في حقّ العاقد الصّبي معلّقاً على البلوغ فيما إذا عقد علىٰ ماله، بحيث إذا بلغ يكون المملّك هو عقده قبل بلوغه وثبوتها في حقّ البالغين منجّزاً فيما إذا عقد على مال الغير أو زوّجه، وهذا المعنى لايجامع سلب عبارته وكونه مثل البهيمة؛ إذ عليه لايتفاوت الحال بينه وبين البالغ وبين كونه قبل البلوغ أو بعده.

وبعد التّأمّل فيما ذكرناه تعرف عدم توجه إيراد السّيد الأُستاذ على المصنّف ﷺ.

١١٤/٢٥ـ٢٦ **قوله: فالعمدة في سلب عبارة الصّبيّ هو الإجماع المحكيّ.**

أقول: قد أجبنا عنه باحتمال أن يكون الوجه في تلك الأخبار المتقدّمة التي اعترف المصنّف بعدم تماميّة دلالتها، هذا مع أنّه منقول، لاحجّية فيه، وقضيّة الإطلاقات عدم سلب عبارته.

ترديد بعضهم في الصحّة وتصريح آخرين بها ٣: ٢٧٨ـ٢٧٩

١١٤/٢٨ **قوله: ويظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده إلى آخره.**

أقول: لعلّ وجه الظهور تعبيره بـ«عندي» لا بـ«عندنا».

١١٤/٢٩ **قوله: واختار في التحرير صحّة بيع الصّبي في مقام.**

أقول: لعلّ نظره في ذلك إلى قوله تعالىٰ: ﴿وَابْتَلُوا اليتامىٰ حتّىٰ إذا بَلَغُوا النّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِم أَمْوالَهُمْ﴾[1] حيث إنّ الظاهر صحّة المعاملة الصادرة من اليتامى، وقد تأمّل فيه بعض وهو في محلّه؛ إذ ليس للآية نظر إلى هذه الجهة.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: بدلالة الآية علىٰ صحّة معاملات الصّبي الرّشيد بإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿فإنْ آنَستُمْ مِنهمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إليهم أمْوالَهُمْ﴾؛ حيث إنّ الظاهر من دفع المال إلى اليتيم هو بيان إثبات ولاية له على ماله وسلب ولاية من كان وليّاً عليه عنه، وقد علّق هذا علىٰ مجرّد إيناس الرّشد وإصلاح المال، وقضيّة إطلاقه وعدم تقييده بكونه بعد البلوغ: وجوب دفع المال إليه عند إيناس الرّشد منه مطلقاً ولو كان قبل البلوغ.

لا يقال: إنّ الإطلاق في الشّرط ممنوع؛ لأنّه مقيّد بالبلوغ، فالشرط مركّب من البلوغ وإيناس الرّشد.

لأنّا نقول: لا وجه لتقييده إلّا أن يكون «إذا» في قوله: ﴿حتّىٰ إذا بَلَغُوا

---

(١) النساء: ٦.

النّكاحَ﴾ شرطية، وقوله: ﴿فإن آنَستُمْ﴾ تفريعاً عليه وبياناً لحكم ما يتصوّر فيه بلحاظ إيناس الرشد وعدمه من القسمين: حكم أحدهما بالمنطوق وحكم الآخر بالمفهوم، مثل قولك: إذا جاءك زيد فإن قبّل يدك فأكرمه.

وهو ممنوع، وإنّما هي ظرف صرف بمعنى الوقت والزّمان؛ وذلك لوجود «حتّى» ودخولها عليها؛ حيث إنّها قيد لما قبلها، فإن كانت لتحديد الموضوع ـ وهو اليتامى وبيان أنّ حدّ اليتيم ونهايته هو البلوغ ـ لكان المعنى: ابتلوا الصّغار في حال صغرهم فإن آنستم إلى آخره، فيكون صريحاً في الدّلالة على سلب الولاية عنهم، وإثبات الولاية لأنفسهم في أموالهم عند إيناس الرّشد منهم؛ وذلك لاختصاص الموضوع حينئذٍ بالصغار حال صغرهم وعدم عمومه لحال بلوغهم.

وإن كانت لتحديد الابتلاء بلحاظ وقته الواقع هو فيه ـ أي لتحديد وقت الابتلاء وبيان حدّه المحتاج فيه إلى الابتلاء، وأنّ آخره: زمان البلوغ؛ وذلك لأنّ الشكّ في تبدّل ضعف عقل الصّبيّ إلى ضدّه إنّما هو مادام صبيّاً ولم يبلغ، وأمّا إذا بلغ ولم يكن له ترقٍّ في عقله، ولم يحصل فيه قوّة وزيادة حَصَل الظنّ والاطمينان بعدم حصول زيادة في عقله، ومع ذلك لايبقى حاجة إلى الاعتبار ـ لكان المعنى ابتلوا: الصغار في زمان الصّباوة وقبل البلوغ فإن آنستم منهم رشداً في زمان الابتلاء فادفعوا إليهم إلى آخره، فيدلّ على ولايتهم على أموالهم في حال صغرهم مع رشدهم وزوال ولاية الغير عنهم.

هذا الّذي ذكرناه في معنى الآية الشريفة ووجه دلالتها على صحّة ولاية الصّبيّ المميّز الرّشيد، لم أرَ من تفطّن له، بل كلّ من تعرّض لشرح الآية وبيان المراد منها من الفقهاء والمفسّرين جعل الشرط لدفع أموال اليتامى إلى أنفسهم مركّباً من البلوغ والرشد، فتأمّل جيّداً.

الحجّة في المسألة هي الشهرة والإجماع المحكي ٣: ٢٨٠

٣٣/١١٤ **قوله ﴿ؒ﴾: وكذا إجماع الغنية؛ بناءً على أنّ استدلاله.**

أقول: يعني بناء على أنّ استدلاله ـ بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» الذي مفاده على ما فهموه منه: أنّ المرفوع به قلم جعل الأحكام مطلقاً ـ على بطلان بيع الصّبي حتّى مع إجازة الوليّ الملازم لسلب عبارته، دليل على أنّ قوله: «وإن أجاز الوليّ» في معقد إجماعه على البطلان شامل على إذن الوليّ له قبل البيع وإجازته لبيعه بعده، بأن يراد منها الرّضا المستكشف بكل من الإجازة والإذن، لا خصوص الإجازة المصطلحة حتّى يقال: إنّ معقد اجماعه لايعمّ البيع المقرون بالإذن، فلايدلّ حينئذٍ على سلب العبارة؛ لاحتمال أن يكون وجه البطلان في صورة لحوق الإجازة بطلان الفضولي عنده، بأن يكون مورد كلامه عقد الصّبي فضولاً وبلا إذن من الوليّ.

[و] وجه كونه دليلاً عليه: أنّ الظاهر من الاستدلال بدليلين على أمر واحد اتّحاد مودّاهما من حيث العموم والخصوص، ومن المعلوم أنّ الإستدلال بحديث «رفع القلم» على عدم صحّة عقد الصّبي لايتمّ إلّا إذا كان المراد منه ما يعمّ قلم الوضع، ومعه يعمّ عقده مع إذن الوليّ أيضاً، فيدلّ على بطلانه؛ إذ مع صحّته يكون قلم الوضع غير مرفوع عنه، وهو خلاف فرض رفع قلم الوضع، فيدلّ هذا الاستدلال ـ بضمّ ما ذكرنا من الاتّحاد في المؤدّى ـ على عموم معقد الاجماع له أيضاً.

هذا، وقد تقدّم أنّ معقد إجماعه غير عنوان محلّ البحث في المقام.

ما يستأنس به للبطلان ٣: ٢٨١ ـ ٢٨٢

٤/١١٥ **قوله: فما يصدر منها.**

أقول: في العبارة ركاكة، والأُولى أن يقول: فلايترتّب عليها إذا صدرت من الصبيّ؛ لأنّ ما يصدر منها عن الصبيّ إلى آخره.

استظهار البطلان من حديث رفع القلم ٣: ٢٨٢ ـ ٢٨٤

٨/١١٥ **قوله: أو بأن تكون معلولة لقوله عمدها خطأ.**

أقول: وهنا وجه آخر أقرب منهما، وهو عكس الوجه الثاني بما قدّمناه

من التقريب، فراجع ولاحظ، وعليه لا دلالة له على مرام المصنّف ﷺ.

قوله: بناء علىٰ كونه علّة. ١٥/١١٥

أقول: هذا بيان لوجه العموم؛ إذ بناء على المعلوليّة لا يفيد أزيد عمّا يفيده العلّة؛ فإنّ المعلول يتّبع العلّة في العموم والخصوص، ولا عموم في العلّة لمثل الإتلاف ممّا لا يعتبر القصد في سببيّته للضّمان والغرامة.

قوله: ولا يخلو من بُعدٍ. ١٦/١١٥

أقول: لعلّه من جهة كونه في مقام الامتنان فيأبى عن التخصيص.

لا يقال: عمومه لمثل الإتلاف مبنيّ على كون المرفوع كلّ ما في رفعه امتنان في حقّهما، وإن كان خلافه بالقياس إلى الغير، وهو غير معلوم؛ لاحتمال أن يكون المرفوع فيه ـ كما في «رفع عن أُمّتي تسعة» ـ مختصّاً بما ليس في رفعه خلاف الامتنان في حقّ الغير، فلا يعمّ مثل الإتلاف كي يحتاج إلى التخصيص، فيورد عليه بالإباء عنه فإنّ رفع الضمان عنهما فيه خلاف امتنان في حقّ صاحب المال.

لأنّا نقول: فرق بين الحديثين؛ حيث إنّ المرفوع عنه في «رفع عن أُمّتي» تمام الأُمّة، فلابدّ في رفع شيء من مراعاة لحال الجميع، بمعنى ملاحظة عدم كون المرفوع خلاف امتنان في حقّ البعض، بخلاف «رفع القلم» فإنّ المرفوع عنه فيه خصوص الثلاثة، فليس فيه ما يدلّ على هذا التقييد، بل قوله: «تحمله العاقلة» ـ في خبر ابن سنان ـ يمكن أن يجعل دليلاً على الإطلاق، كما لا يخفىٰ.

قوله: بما لو وقع. ١١/١١٥

أقول: «بما» من غلط النسخة، والصحيح «ممّا».

قوله: فلا أثر لها. ١٢/١١٥

أقول: الصواب «له» بدل «لها»، والضمير راجع إلى التزام الصبيّ المدلول عليه بقوله: «فإذا التزم».

١٨/١١٥ **قوله: ثمّ إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين.**

أقول: الوجه في هذا التّقييد تقييد الرّفع بغاية البلوغ.

قوله: كالتعزير.

أقول: يعني به ماهو الثابت في حقّ البالغين.

كلام العلّامة في عدم صحّة تصرّفات الصّبي ٣: ٢٨٥

٢١/١١٥ **قوله: وإن اتّهب له الوليّ.**

أقول: يعني وإن قبل له الوليّ.

قوله: ولا لغيره.

أقول: المعطوف عليه لهذا قوله: «له» المقدّر بعد لفظ «الهبة» أو السّاقط من قلم الناسخ. والمراد من الموهوب له هو ذاك الغير، يعني: ولا يفيد قبض الصّبي للعين الموهوبة في الهبة لغيره وإن إذن له الموهوب له في القبض.

لا فرق في معاملة الصّبي بين الأشياء اليسيرة والخطيرة ٣: ٢٨٦

٣٠/١١٥ **قوله: وعدم الحجّية.**

أقول: يعني في فعل أبي الدّرداء.

قوله: وتوجيهه بما يخرجه.

أقول: يعني به احتمال كونه وليّاً على الصّبي أو مأذوناً من وليّه.

تفصيل المحدّث الكاشاني بين الأشياء اليسيرة والخطيرة ٣: ٢٨٦ ـ ٢٨٧

٣٣/١١٥ ـ ٣٤ **قوله: وأمّا ما ورد في رواية السّكوني.**

أقول: لمّا كانت الرواية دالّة على معاملة الصّبي وعلى تأثير قصده مثل البالغ، إمّا مطلقاً حتّى بدون إذن الوليّ كما هو مقتضى إطلاقها، أو في صورة الإذن فقط على ماهو القدر المتيقّن من إطلاقها، تعرّض لها.

والجواب عنها: أمّا وجه دلالتها على الصّحة فهو تعليله النّهي «بأنّه لو لم يجد سرق»؛ حيث إنّه لو كانت عبارته لا عبرة بها وقصده كلا قصد لكان المناسب تعليله «برفع القلم» وما يفيد مفاده، لا بما ذكر؛ إذ قضيّته عدم النهي لو عُلِمَ بأنّه لايسرق.

وأيضا لمّا كان وجه للتقييد بعدم إحسانه للصناعة بيده؛ إذ بناء على

سلب العبارة، لا فرق بينه وبين مقابله.

وأمّا الجواب عنها فهو أنّها إنّما تدلّ علىٰ صحّة معاملته لو كان «الكسب» بمعناه المصدري، وهو الاكتساب، أي إيجاد ماهو سبب لتحصيل المال من الإجارة ونحوها، وليس كذلك، بل هو بمعناه الاسم المصدري، أي المكتسب وعوض الكسب، وفائدته «من التقاط» بمعنى الملتقط، «أو أجرة عن إجارة أوقعها الوليّ...»، وعليه لا دلالة لها عليها.

وأمّا وجه الحمل على إرادة المكتسب من «الكسب» مع المخالفة للظاهر فلعلّه مخالفة ظاهرها، وهو الصحّة للإجماع والشهرة ، فتدبّر.

ثمّ إنّ هذا راجع إلى أصل المسألة؛ لعدم ارتباطه بكلام الكاشاني، فتأمّل.

قوله: عوض كسبه. ٣٤/١١٥

أقول: المراد من العوض هو الفائدة والنتيجة، ومن الالتقاط حيازة المباحات بالاحتطاب والاحتشاش وإحياء الموات، وعطف «الأُجرة» عليه يقتضي أن يراد منه الملتقط ـ كالحطب والحشيش ـ فيكون «من التقاط» بياناً للعوض لا الكسب.

قوله: عن إجارة. ٣٥/١١٥

أقول: يعني عن إجارة على عمل الصبي... إلى آخره.

قوله: بغير إذن الوليّ.

أقول: أو بإذنه بناء على مختاره من سلب عبارته .

قوله: فإنّ هذه كلّها ممّا يملكه الصّبي.

أقول: ينبغي أن يكون فرض المسألة ما إذاكان بيد الصّبي مال وشكّ في أنّه عوض كسبه أو من الوجوه المحرّمة.

وحينئذٍ نقول: إن أُريد من ملك الصبي للأُجرة والملتقط في قوله: «فإنّ

هذه كلّها يملكها الصّبي» ملكه لها بقبض نفس الصّبي واستيلائه عليها؛ كي يحكم عليها بكونها ملكاً للصّبي عند الشك في ذلك؛ للشّك في أنّها عوض كسبه فله، أو من الوجوه المحرّمة فلا، بملاحظة قاعدة اليد؛ نظراً إلى أنّ أماريتها على الملك ـ الذي هو من الأحكام الوضعية ـ لا فرق فيها بين الصّبي والبالغ فيما ذكره من استحباب الاجتناب بالقياس إلى هذه الأموال وإن كان صحيحاً، إلّا أنّه منافٍ لما ذكره في السابق من عدم كفاية قبضه في تملّك ما قبضه أو مع هذا العلم بعدم كون ما بيده له.

وإن أُريد منه ملكه بقبض الوليّ عنه ولو حين أخذه من يده أو حين التصرّف فيه، ففيه: وإن كان هذا لاينافي السابق إلّا أنّه خارج عن فرض المسألة؛ إذ مع الشك في كون ما بيده عوض كسبه أو حراماً لايؤثّر قبض الوليّ في ملك الصّبيّ له؛ لأصالة عدم كونه عوض كسبه الذي يملكه الصبي بقبض وليّه، ولا يعارضه أصالة عدم كونه من المحرّم؛ لكونها مثبتةً.

هذا، والحقّ هو الشقّ الأوّل؛ إذ الحقّ كما عرفت أنّ قبضه مؤثّر في تملّك ما قبضه.

١/١١٦ **قوله: يستحبّ للوليّ وغيره.**

أقول: إذا أذن له الوليّ وإلّا فيحرم من هذه الجهة.

ثمّ إنّه يستحبّ لنفس الصبيّ بعد البلوغ اجتنابها إلّا إذا لم يحتمل كونها من الوجه المحرّم.

تصحيح المعاملة لو كان الصّبي بمنزلة الآلة ٣: ٢٨٧

٢/١١٦ **قوله رحمه الله: نعم ربّما صحّح سيّد مشايخنا.**

أقول: ومثله صاحب مفتاح الكرامة.

المناقشة في ذلك ٣: ٢٨٨ـ٢٨٩

٣/١١٦ **قوله: وفيه إشكال من جهة قوّة احتمال كون السيرة.**

أقول: لايخفى أنّ السيرة المدّعاة في مقام الاستدلال على شرعية أمر لابدّ أن يراد منها سيرة العلماء والمتديّنين؛ لأنّ الذي يصحّ الاستناد إليه ليس إلّا

هذا، وحينئذٍ يتّجه الإيراد على دعوى السيرة بأنّه كيف يجتمع تـحقّقها ـ كـما اعترف به المصنّف ـ مع فتوى المعظم على المنع مطلقاً ولو مع إذن الوليّ، حتّى إنّ صاحب الجواهر ﷺ جعل القول بالمنع من الضروريات عندهم؛ إذ كيف يظنّ بمعظم العلماء وحملة الشرع الّذين هم من الورع والتقوى بمكان، فضلاً عن أن يقطع به، كون عملهم على خلاف فتوى مجتهديهم؟

ولا يمكن دفع ذلك إلّا بجعل مورد كلّ منهما غير مورد الآخر، والأحسن في ذلك حمل مورد السيرة على الأشياء اليسيرة، ومورد الفتوى بالمنع عـلى الخطيرة.

قوله: على عدم الفرق بين المميّزين منهم. ٤/١١٦

أقول: هذا خلاف الوجدان والحسّ والعيان، فإنّهم يفرّقون بين المـميّز وغيره، وبين الصبيّ والمجنون بالوجدان.

قوله: خصوصاً الأخير. ٥/١١٦

أقول: الظاهر أنّ مُراده من «الأخير» مـا لو عـامل عـلى مـاله مسـتقلّاً ولا يعلم به الوليّ.

فنقول: لم يعلم وجه ظاهر لعدم الشّك في فساده فيما إذا كان هناك أمارة على كونه بمنزلة الآلة، أي على مأذونيّته كما هو مورد كلام سيّد الرّياض ﷺ، إلّا منع كفاية تلك الأمارة واعتبار العلم بإذن الوليّ أو سلب عبارته، وكلّ منهما قابل للمنع؛ ومع ذلك كيف يقطع بالفساد؟

قوله: مع أنّ الإحالة على ما جرت العادة.

أقول: كما صنعه الكاشاني في عبارته المتقدّمة أيضاً.

قوله: إلى من بلغ سُنتين. ٦/١١٦

أقول: الظاهر أنّ العبارة أربع سنين أو خمس سنين، ووجهه واضح.

قوله: ولا أظنّ القائل يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل. ٨/١١٦-٩

أقول: فإذا لم يلتزم به فلابدّ أن يريد ممّا جرت العادة والسيرة به ما جرت به في الجملة، وهو الإحالة على المجهول.

دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذوناً ٣: ٢٨٩

١١٦/١٣ **قوله: في جميع التصرّفات.**

أقول: حتّى التملّك بعوض.

المناقشة في ذلك ٣: ٢٩٠

قوله: أمّا التصرّف والمعاملة بإذن الأولياء.

أقول: هذا إيراد على قوله: «نعم ثبت الإباحة»، وهو معادل لقوله بعد ذلك: «وإن أراد بذلك أنّ إذن الوليّ»، فالمناسب لمقام المقابلة أن يقول هنا: إن أراد بذلك. وثبوت الإباحة في معاملة المميّزين من الصبيان أنّه ناشٍ من إذن الأولياء، وأنّ المؤثّر في الإباحة إنّما هو تصرّفهم بإذن الأولياء، سواء كان هذا التصرّف على نحو البيع العقدي أو المعاطاة، فهو الذي قد عرفت أنّه خلاف المشهور؛ لأنّهم يقولون بعدم ترتّب الأثر على أقواله وأفعاله وإن أذن له الوليّ، ويعتبرون البلوغ.

كلام المحقّق التستري في توضيح الدعوى ٣: ٢٩٠ ـ ٢٩١

١١٦/١٥ ـ ١٦ **قوله: ما ذكره بعض المحقّقين من تلامذته.**

أقول: هو صاحب مقابس الأنوار ﷺ، ذكره في المقابس في ثالث شروط المتعاقدين.

١١٦/١٦ **قوله: وكانت مفيدة للإباحة.**

أقول: هذا وكذلك جرت. «وكان الغالب» عطف على «كان» في قوله: «لمّا كان»، وإلى هذه الأُمور الأربعة أشار بلفظ «ذلك» في قوله في جواب لمّا: «فلأجل ذلك صحّ القول».

وقوله: «والرّضا باعتمادهم في التصرّف» عطف على «التسامح»، والجارّ الأوّل متعلّق بالرّضا، والثاني بالاعتماد، أي جرت عادة الناس برضاهم بأن يعتمد غيرهم في التصرّف في أموالهم الحقيرة على مايفيد الظنّ بالرّضا

بالمعارضات[١] فيها، ومنه معاملة الصبي على رؤوس الأشهاد.

قوله: تعيّن القيمة. ١٨/١١٦

أقول: يعني تعيّنها من الخارج من غيرحاجة إلى المساومة، فلاينافي ما ذكره كاشف الغطاء رحمه الله.

قوله: مع الشروط المذكورة. ١٩/١١٦

أقول: يعني المذكورة في عبارة كاشف الغطاء من التّمييز والجلوس مقام الأولياء وحقارة الأشياء.

قوله: بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه. ١٩/١١٦ ـ ٢٠

أقول: أحدها: تخصيص المال في المقام باليسير وتعميمه في الهدية له وللخطير، على ماهو ظاهر إطلاقهم.

وثانيها: وجود الأمارات المفيدة للظن بالإذن، مثل القعود في الدّكـان، والمعاملة بمرأى ومسمع من الناس هنا دون الهدية.

وثالثها: إنّ المقام من باب الإباحة والهديّة من باب التمليك، ويـتسامح في الأوّل بما لايتسامح به في الثاني.

ورابعها: إنّ المقام فيه العوض بخلاف الهدية.

قوله: في غير المعاوضات من التصرّفات. ٢٣/١١٦

أقول: كالصلاة في البساتين مثلاً.

قوله: فالتحقيق أنّ هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب. ٢٣/١١٦ـ٢٤

أقول: يعني الفرض المذكور بـعد التـقريب المـزبور ليس داخـلاً فـي موضوع قول الأصحاب بعدم صحّة معاملة الصّبي، حتّى يكون الحكم بالصحّة فيه منافياً له، فيستثنى منه ويخصّص به؛ إذ المعاملة فيه بين الكبار، وإنّما الصّبي آلة صرفة وطريق محض إلى استكشاف رضا المالك وإذنه.

---

(١) كذا في الأصل، ولعلّها: المعاوضات.

٢٤/١١٦ **قوله: ولايعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدّعوىٰ.**

أقول: يعني لايعتمد علىٰ ذلك الظهور والظن بإذن المالك، الناشي من الجلوس مجالس الأولياء والتظاهر على رؤوس الأشهاد في تقديم قول المشتري المدّعي لإذن المالك؛ لموافقته لهذا الظهور ورفع اليد عن تقديم قول المالك بعدم إذنه الموافق للأصل؛ لعدم دليل على الاعتماد عليه بهذا المقدار؛ إذ لم يثبت جريان العادة على حجّيته في المقام أيضاً.

وتظهر ثمرة النزاع بعد التّلف في الضمان بالبدل الواقعي أو الجعلي، وأمّا قبل التّلف فلا ثمرة له؛ لجواز التّرادّ في المعاطاة قبله على المشهور، وقد تظهر الثمرة في غير ذلك.

قوله: ولا فيما إذا طالب المالك بحقّه وأظهر عدم الرّضا.

أقول: يعني عدم الرّضا بالمعاملة حينها، والفرق بينه وبين المعطوف عليه هوأنّ المشتري في المعطوف عليه يدّعي الإذن قبال دعوى المالك عدمه، وفي المعطوف يسكت أو يدعي الجهل بالحال.

٢٨/١١٦ **قوله: إلّا أنّه موقوف أوّلاً على ثبوت حكم المعاطاة.**

المناقشة فيما أفاده ٣ : ٢٩٢ ـ ٢٩٣

أقول: سوق العبارة يقتضي أن يكون جملة مطويّة بعد قوله: «بمجرّد الرضا»، مثل قوله: ولم يثبت.

وفيه: أنّ الموقوف عليه ثابت عند المصنّف أيضاً على ما قرّبه في آخر تنبيهات المعاطاة.

٢٩/١١٦ **قوله: مدفوعة بأنّه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم.**

أقول: هذا مخصوص ببعض معاملات الصّبي ولايجري في جميعها؛ إذ قد يكون طرف المعاملة شخصاً خاصّاً معلوماً عند الوليّ، كما إذا أذن الولي للصّبي في البيع والشراء من شخص معيّن.

قوله: ومثله غير معلوم الدّخول في حكم المعاطاة.

أقول: يكفي في العلم بدخوله فيه قيام السّيرة وجريان العادة على ذلك.

قوله: فلو حكم بصحّتهما. ٣١/١١٦

أقول: يعني الحكم بالصحّة فيهما بناء على حصول المعاطاة بالتّراضي الخالي عن الإنشاء ـ لو قلنا به ـ إنّما هو لأجل دعوى قيام السيرة عليه فيهما، لا لأجل كون المال يسيراً، فحينئذٍ ينحصر مورد الصحّة مع وساطة الصّبيّ في الإيصال والدّفع والقبض بما قامت السيرة على الاكتفاء بمجرّد الوصول وعدم الحاجة إلى الواسطة، فلايصحّ الاستدلال بصحّة المعاطاة في الأمثلة التي ذكرها ممّا قام الدّليل، وهو السيرة على عدم الحاجة إلى الإنشاء فيها على صحّتها في مطلق اليسير، ولو لم يقم سيرة على عدم الحاجة إليه.

وفيه: إنّ السيرة فيها قائمة عليه في مطلق اليسير كما اعترف به في السابق، نعم استشكل عليه في مقام ردّ صاحب الرياض بنشوئها من قلّة المبالاة في الدّين، وقد عرفت ما فيه.

قوله: ثمّ إنّ ما ذكر مختصّ بما إذا علم. ٣٣/١١٦

أقول: حاصل هذا الإشكال : أنّ ما ذكره في وجه تصحيح معاملات الصّبي ـ في صورة الجلوس مجلس الوليّ والتّظاهر على رؤوس الأشهاد، من كون المناط في الإباحة هو التّراضي من المالكين ـ أخصّ من المدّعى؛ لاختصاصه بصورة علم طرف معاملة الصّبي بأنّه مأذون من بالغ عاقل له تسلّط على مابيده من المال في التصرّف فيه، وليّاً كان أو غيره، والمدّعى أعمّ من ذلك.

وفيه: منع الاختصاص، وأنّه جار في كلّ ما كان هناك أمارة على التراضي، وأنّ معاملة الصّبيّ مع القيد المذكور في كلام كاشف الغطاء أمارة عليه معتبرة لأجل قيام السيرة الغير المردوعة عنها، نعم لايجري في مورد فقد الأمارة عليه، ولايعمّه المدّعى أيضاً.

المناقشة في بعض ما أفاده كاشف الغطاء ٣: ٢٩٣ـ ٢٩٤

١/١١٧ **قوله: ثمّ إنّه لا وجه.**

أقول: نعم، لكن فيما إذا لم يكن السيرة التي هي دليل الجواز الاعتماد في استكشاف رضا المالك بالتصرّف في ماله الّذي هو تمام المناط في المطلب علىٰ غير العلم ممّا يفيد الظّن مختصّة بمعاملة الصّبي وبالأشياء اليسيرة، وإلّا كما هو الحقّ الّذي ادّعاه بعض المحقّقين، فلا محيص عن الاختصاص، ولا وجه للتعميم كما لا يخفىٰ.

[● القصد]

في اشتراط قصد المتعاقدين مدلول العقد ٣: ٢٩٥

٣/١١٧ **قوله: قصدهما لمدلول العقد.**

أقول: يعني القصد الجدّي، أي قصد تحقّق مضمون العقد بإنشائه وجعل إنشائه وصلة إلى وجود المنشئ وتحقّقه، مقابل المزاح والهزل، مضافاً إلى قصدين آخرين المتوقّف هذا عليهما:

أحدهما: القصد اللّفظي، أي القصد إلى اللّفظ المنشأ به المعاملة مقابل ألفاظ بسبق لسان مثلاً.

والآخر: القصد إلى استعمال اللّفظ في مدلوله الحقيقي قبال التجوّز.

الدليل على هذا الشرط ٣: ٢٩٥

٥/١١٧ **قوله: بل معنى عدم تعلّق إرادته.**

أقول: يعني بل بمعنى أنّه لم يقصد من اللّفظ حصول مدلوله به، وإن استعمله في مدلوله وهو الإنشاء قبال الأخبار والاستفهام وأوجد مدلوله، أعني الإنشاء باستعماله في الإنشاء لكن لا بداعي تحقّق المنشأ به في الخارج، بل بداعي المزاح والهزل.

٥/١١٧ـ٦ **قوله: أو قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الإخبار.**

أقول: ظاهر ذلك أنّ الإخبار والإنشاء من المعاني المستعمل فيها الألفاظ لا من دواعي الاستعمال، وهو خلاف التحقيق كما قرّر في محلّه.

قوله: فلا يقع البيع. ٦/١١٧

أقول: هذا تفريع علىٰ خصوص قوله: «أو إنشاء معنى غير البيع».

قوله: في صدق مفهوم العقد. ٧/١١٨ ـ ٨

أقول: الجارّ متعلّق بالاشتراط، وأمّا المتعلّق بالمتحقّق فـهو مـحذوف، يعني لا دليل على أنّه يشترط في صدق مفهوم العقد أزيد من قصد مدلول العقد بالقصد الجدّي، أي كون الدّاعي للإنشاء والفرض منه وجوه، ومـدلول العـقد المتحقّق في الفضولي والمكره، وإنّما الذي انتفى في الأوّل هو الجزم بالوقوع، وفي الثاني هو طيب النفس الذي لا ربط له وللجزم بالوقوع بعالم القصد، فتدبّر.

قوله: مضافاً إلى ما سيجيء في أدلّة الفضولي. ٨/١١٧

أقول: يعني به قيام الدّليل علىٰ كفاية هذا المقدار من القصد الموجود في الفضولي، وهو الإجماع علىٰ صحّة نكاح الفضوليّ وبيع المكـره بـحقّ بـضمّ بطلان دعوى عدم اعتبار القصد فيهما، فالفرق بين الإضافة ومـا قـبلها بـقيام الدّليل على عدم اعتبار الزّائد على القصد الموجود في مفهوم العقد في الأوّل، وعدم قيام الدّليل على اعتبار الزّائد عليه، فينفى بإطلاق ﴿أوفُوا بـالعقُود﴾[1] في الثاني.

كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين ٣: ٢٩٦ ـ ٢٩٩

قوله: هل يعتبر تعيين المالكين. ٩/١١٧

أقول: يعني هل يعتبر في صحّة العقد تعيين البـائع المـباشر للإيـجاب للمالك الّذي يبيع له وينقل ماله أي صاحب المثمن، وتعيين المشتري المباشر للقبول مالك الثمن الّذي يشتري له؟ وأمّا تعيين البائع للمشتري وصاحب الثمن والمشتري للبائع وصاحب المثمن، فهو مسألة أُخرىٰ تـعرّض لهـا فـيما بـعد بقوله: «وأمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري».

قوله: إن توقّف تعيّن المالك على التّعيين... إلى آخره. ١٠/١١٧

---

(١) المائدة: ١.

أقول: حال العقد متعلّق بكلّ من التّعين والتّعيين بطور باب التنازع، وقوله رحمه الله: «لتعدّد...» علّة للتوقّف والممكن صفة للوقوع أو الوجه، وذلك كما إذا كان أحد العوضين أو كلاهما كلّيّاً؛ فإنّ مالك الكلّي لا يتعيّن حال العقد إلّا بالتّعيين حال العقد بالنيّة، أو مع التلفّظ به أيضاً.

١١/١١٧ **قوله: في بيع واحد.**

أقول: الظرف هنا متعلّق بالعاقد بلحاظ كونه عن اثنين، والمراد منه: أن يكون الثمن والمثمن في متعلّق كلّ من الوكالتين متّحداً معه في الأُخرىٰ، بأن وكّل كلّ من زيدٍ وعمرو بكراً في أن يبيع منّاً من حنطة في الذمّة بدينار في عهدة شخص، ويشتري بدينار في الذمّة منّاً من حنطة في ذمّة شخص، فباع الوكيل ـ وهو بكر ـ منّاً من حنطةٍ بدينار، وقصد في بيعه هذا كون المثمن ـ وهو المنّ ـ على ذمّة أحد الموكّلين لا بعينه، والثمن ـ وهو الدّينار ـ على ذمّة الآخر كذلك، فيكون عقده هذا عن اثنين إيجابه عن أحدهما، وقبوله عن الآخر.

قوله: في بيوع متعدّدة.

أقول: الظرف هنا أيضاً متعلّق بالعاقد عن اثنين، حذف بقرينة ما سبق، والمراد منه: أن يكون وكيلاً عن كلّ واحد من اثنين في أن يبيع منّاً من حنطة في ذمّته، فباع الوكيل من ثالث معيّن منّاً من حنطة على عهدة أحد الموكّلين لا بعينه بدينار من مال هذا الثّالث أو في ذمّته، ثمّ باع أيضاً منّاً من حنطة على عهدة الآخر منهما كذلك من شخص بدينار كذلك، فصار الوكيل عاقداً عن اثنين عن أحدهما لا بعينه في بيع، وعن الآخر كذلك في بيع آخر.

هذا الّذي ذكرناه مثال لكونه عاقداً عن اثنين في بيعين في طرف الإيجاب والمثمن، ومنه يعلم المثال له في طرف القبول والثّمن، ومن بياننا هنا وفي الفقرة السّابقة يظهر فساد ما ذكره السيّد الأُستاذ في شرح الفقرتين، فراجع وتأمّل.

قوله: إذا أمكن الوصفان. ١٢/١١٧

أقول كما في المثال الذي مثّلناه للعاقد عن اثنين في بيع واحد، فراجع.

قوله: كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره إذا لم يقصد الإبهام. ١٣/١١٧

أقول: يعني إذا لم يقصد الإبهام والتّرديد بين نفسه وبين غيره حين العقد وحال الإنشاء. ثمّ التعيين بعد العقد، فإنّ الإطلاق فيه منصرف إلى نفسه مع الشرط المزبور.

قوله: وإلّا وقع لاغياً.

أقول: أي وإن لم يكن هناك جهة ينصرف إليها الإطلاق بأن اشترى لغيره في الذّمّة وأطلق ذاك الغير.

قوله: والدّليل على اشتراط التعيين ... إلى قوله: لانصراف الأدلّة. ١٤/١١٧ـ١٦

أقول: محصّل ما ذكره من الدّليل ثلاثة:

الأوّل: الدليل العقلي، أشار إليه بقوله: «إنّه لولاه لزم بقاء الملك بلا مالك في نفس الأمر». وتقريبه: أنّ حقيقة البيع تمليك عين بعوض، والتمليك موقوف على تعيين المالك؛ إذ لولاه لزم تحقّق الملك المفروض حصوله بالبيع والتّمليك بلا مالك معيّن في نفس الأمر كما هو قضيّة عدم تعيينه، وهو غير معقول؛ لأنّ الملكيّة علاقة خاصّة بين المالك والمملوك فيستحيل قيامها بطرف واحد وهو المملوك، وبتقرير آخر: أنّ المملوكيّة والمالكيّة بينهما تضايف فلايعقل اعتبار الأوّل وتحقّقه بدون الثاني.

والثاني: الدّليل الشرعي، وأشار إليه بقوله: «وأن لايحصل الجزم...»؛ إذ المراد من الجزم عدم التّردّد في المنشأ من جميع الجهات لا في أصله وذاته كالتّمليك مثلاً، ولا في خصوصيّة من خصوصيّاته التي منها خصوصيّة المالك المبطل للعقد بدليل شرعي وهو الإجماع. يعني: ولو سلّم إمكان الملك بلا مالك معيّن نقول: إنّه لولا التّعيين لزم التّردّد والتعليق من حيث المالك في

جميع العقود التي كان العوضان فيها كلّيّين مع عدم وجود جهة ينصرف إليها الإطلاق، بأن اشترى لغيره في الذمّة بلا تعيين ذاك الغير وفساد التّردّد من جهة إبطاله للعقد أمر ظاهر.

والثالث: أصالة الفساد، وأشار إليه بقوله: «ولا دليل شرعاً على تأثيره»، يعني: لو أغمضنا عمّا ذكرنا من الدّليلين، نقول: إنّه لا دليل على الصحّة بدون التعيين؛ لانصراف أدلّتها إلى صورة التعيين لشيوعها ، فيرجع في غيرها إلى الأصل المقتضي للفساد، فقوله: «ولا دليل» عطف على قوله : «لولا ذلك» فلاتغفل.

١٨/١١٧ قوله : أو الإطلاق المنصرف إليه.

أقول: هذا عطف على «التعيين» فيكون أحد طرفي الواجب التخييري لا على الوجوب كما في «أو عدمه وأو التفصيل» كي يكون الوجوه في المسألة أربعة. وضمير «اليه» راجع إلى المعيّن المستفاد من التّعيين، ولو قال: ففي وجوب التعيين بالتصريح به أو الإطلاق المنصرف إليه، لكان أولى. ومثال هذا الإطلاق: أن يبيع مال نفسه من دون تقييد بكونه عن نفسه أو غيره فإنّه ينصرف إلى كونه عن نفسه.

١٨/١١٧ ـ ١٩ قوله: أو التفصيل بين التصريح بالخلاف.

أقول: يعني خلاف ما يقتضيه المعاوضة من كون البيع لمالك المبيع والشراء لمالك الثمن لا يخفى أنّ قضيّة عدليّة هذا لوجوب التّعيين التعبير بقوله: «فيجب» أي: التعيين بالتصريح أو الإطلاق المنصرف إليه بدل «فيبطل»، وهو كما ترىٰ.

وبالجملة: هذه العبارة على ظاهره من العطف على «وجوب التّعيين» غير مستقيم، ويحتمل عطفه على لازم وجوب التعيين، وهو البطلان بدونه مطلقاً. يعني: ففي وجوب تعيين المالك بالتّصريح به أو بالإطلاق المنصرف

إليه، فبدونه يبطل مطلقاً وإن لم يصرّح بالخلاف أو عدم وجوبه، فيصحّ مطلقاً وإن صرّح بالخلاف أو التفصيل من حيث البطلان بدون التعيين والصحّة بين صورة التصريح، بخلاف ما يقتضيه المعاوضة لو خلّيت ونفسها فيبطل، وبين صورة عدم التصريح به فيصحّ.

قوله؟: أوجه أقواها الأخير وأوسطها الوسط. ١٩/١١٧

أقول: لم أفهم وجه صحّة الجمع بين تقوية الأخير وبين أوسطية الوسط؛ لأنّه من قبيل الجمع بين النّقيضين؛ إذ لازم قوّة الأخير عدم أوسطيّة الوسط، كما أنّ لازم أوسطيّته عدم قوّة الأخير، فتدبّر.

قوله: وأشبهها للأُصول الأوّل.

أقول: يعني من «الأُصول» أصالة الفساد وأصالة عدم ترتّب الأثر وحصول النقل والانتقال.

قوله: وفي حكم التّعيين ما إذا عيّن المال بكونه في ذمّة زيد مثلاً.

أقول: يعني في حكم تعيين المالك الذي يقع له البيع أو الشّراء بالنّية، أو مع اللّفظ الّذي قلنا بوجوبه في القسم الأوّل ما إذا عيّن المال ثمناً أو مثمناً بكونه في ذمّة زيد؛ فإنّ هذه الإضافة مغنية عن نيّة كون البيع أو الشّراء لصاحب الذّمّة والتّلفظ به.

هذا بناء على كون النسخة «التّعيين» بصيغة التفعيل، وأمّا بناء على أنّها التّعيّن بصيغة المصدر من باب التفعّل، أو المعيّن بصيغة المفعول من باب التفعيل كما هو المظنون، فالمعنى أنّه في حكم تعيّن العوض وتشخّصه الخارجيّ إضافة الكلّي إلى شخص خاصّ، فيأتي فيه الوجوه الثلاثة المذكورة فيما إذا كان العوضان معيّنين.

قوله: وقع عنه. ٢٠/١١٧

أقول: أي عن نفسه.

هذا، ولا يخفى أنّ بناء هذه الفروع إنّما على الوجه الوسط الّذي قضيّته: عدم وجوب التّعيين والأخذ بمقتضى المعاوضة والمشي علىٰ طبقه حتّى مع التصريح بخلافه، فضلاً عن قصد خلافه، وعليه ففي الفرع المزبور وقع عن زيد الّذي كان الثمن في ذمّته؛ لأنّ قضيّة المعاوضة بمالٍ على ذمّة زيد كون عوضه لزيد كما في المعيّن.

١١٧/٢١ـ٢٢ **قوله: فالمقتضي لكلّ من العقدين منفرداً موجود.**

أقول: الصّواب أن يقول: فالمقتضي لوقوع العقد عن كلّ واحد منهما منفرداً عن الآخر، ومع قطع النّظر عن وقوعه للآخر موجود. والمراد من المقتضي لوقوعه عن نفسه: اشترائه لنفسه؛ حيث إنّ مقتضاه ـ بلحاظ ما يقتضيه المعاوضة ـ كون الثمن في ذمّة نفسه، فيكون الشّراء له بعوض في ذمّته. والمراد من المقتضي لوقوعه عن زيد الموكّل: هو جعل المال والثمن على ذمّته الوكيل فيه بالفرض، وقضيّة ذلك ـ بلحاظ مقتضى المعاوضة ـ: كون الشراء لزيد، وهذا معنى وقوعه له.

وبالجملة: فالمقتضي لوقوع العقد لكلّ منهما منفرداً عن الآخر موجود إلّا أنّ المقتضي لوقوعه لكلّ منهما مانع عن المقتضي لوقوعه للآخر للتضادّ بينهما، فلايمكن الجمع بينهما، فلابدّ من إلغاء أحد المقتضيين والأخذ بالآخر، ولمّا لم يتعيّن الأحد الملغى احتمل البطلان... إلى آخره.

١١٧/٢٢ **قوله: ولمّا لم يتعيّن.**

أقول: يعني أحدهما الّذي لابدّ من إلغائه.

١١٧/٢٤ **قوله: والتسمية.**

أقول: أي التلفّظ بالمخالفة.

١١٧/٢٦ **قوله: قد يتوقّف على تعيين المالك.**

المناقشة فيما أفاده صاحب المقابس ٣:٢٩٩

أقول: الصواب أن يقول: على إضافته، أي العوض إلى شخص معيّن،

قبال عدم إضافته إلى أحد، وقبال إضافته إلى شخص غير معيّن؛ حيث إنّ صاحب الذمّة ليس مالكاً لما في ذمّته وإن كان يصحّ تمليكه إيّاه لغيره.

الصحيح عدم اعتبار التعيين ٣: ٢٩٩ ـ ٣٠٠

قوله: فيما ذكره من الأمثلة في الشقّ الأوّل. ٢٩/١١٧

أقول: يعني بالشقّ الأوّل ما لو توقّف تعيّن المالك على التّعيين، أعني: ما كان العوضان كلّيين. والمراد من الأمثلة: ما ذكره بقوله: «كبيع الوكيل» إلى قوله: «في بيوع متعدّدة» وما ذكره بقوله أخيراً: «وعلى هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمّة».

عودإلى مناقشة صاحب المقابس ٣: ٣٠٠ ـ ٣٠١

قوله: فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية. ٣٤/١١٧

أقول: من دون فرق في إحراز هذا النّحو من القصد بين أن يكون بالعلم أو بأصالة الظّهور، فلاتغفل فإنّه ينفعك فيما بعد.

ثمّ إنّ هذا إيراد على ما ذكرهﷺ في صورة تعيّن العوضين من التّرديد بين الوجوه الثلاثة، والأحسن في التّعبير أن يقول بدل هذه العبارة: ففيه: أنّه إن كان المقصود المعاوضة الحقيقية... إلى آخر ما ذكره.

وحاصل الإيراد: أنّه لا مورد لتثليث الوجوه في الصورة المفروضة؛ لأنّه إن قصد المعاوضة الحقيقيّة التي لازمها دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر فقد عيّن المالك قهراً، غاية الأمر بالملازمة، ومعه لا معنى للتّرديد بين الوجوه الثلاثة وإن لم يقصد المعاوضة الحقيقية، فالجميع باطل، ومعه لا معنى أيضاً للترديد بينها.

قوله: فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوّض. ١/١١٨

أقول: ليس هذا تفريعاً على قوله: «وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة فالبيع غير منعقد» كما زعمه سيّدنا الأُستاذﷺ؛ حيث إنّه عند قول المصنّف: «وفي وقوعه اشتراء فضوليّاً لعمرو كلام يأتي. انتهى» قال: مع عدم قصد المعاوضة الحقيقية كما هو المفروض لا وجه لكونه شراءً فضوليّاً لعمرو. انتهى.

إذ فرض عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة في المثال المذكور لايكـون إلّا على تقدير كون الكلام المذكور تفريعاً على ما ذكرنا، وليس كذلك، بـل هـو تفريع على خصوص قوله: «إذا كان هي المعاوضة الحقيقيّة»، يعني: إذا عرفت أنّ المباشر للمعاملة البيعيّة إن قصد المعاوضة الحقيقيّة تصحّ ولايكون حاجة إلى تعيين من ينقل إليه وعنه العوضان، فاعلم أنّه إن قصد المعاوضة الحـقيقيّة ولكن مع ذلك جعل العوض من عين مال غير المخاطب الّذي ملّكه المعوّض لم يقع البيع لخصوص المخاطب؛ لانتفاء مفهوم المعاوضة الحقيقية التي فرضنا قصدها مع وقوع البيع للمخاطب؛ لاستحالة الجمع بـينهما، فـحكم صـاحب المقابس بوقوع البيع له في قوله: «ولو اشترى لنفسه بمال في ذمّة زيد» الذي صرّح بكونه في حكم ماله المعيّن باطل، وأمّا وقوعه شراء فضوليّاً لعمرو ففيه كلام يأتي في بيع الغاصب لنفسه مع جوابه.

ومراده من الكلام والإشكال الذي وعد إتيانه في بيع الغاصب: خصوص الإشكال الذي تعرّض له في ذيل الإشكال على صحّة بيع الغاصب بأنّ المجاز غير المنشئ والمنشأ غير المجاز، بعد نقل توجيه المحقّق القميّ رحمه الله والجواب عنه بما هو مذكور هناك، وبعد توجيهه بوجه آخر بعده، وهو ما ذكـره بـقوله: «ولكن يشكل ذلك»، يعني: مسألة مـغايرة المـجاز للـمنشأ فـيما لو فـرضنا الفضوليّ مشترياً لنفسه فقال للبائع الأصيل: تملّكت منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدّراهم، فإنّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملّك الفضوليّ وليس أمراً خارجاً عن مفهومه حتّى يتمّ التّوجيه المذكور ، فلا مورد لإجازة مالك الدّراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلابدّ من الالتزام بما التزم به المـحقّق القـمّي قدس سره مـن كـون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

وبالجملة: فنسبة المتكلّم الفـضولي تـملّك المـثمن إلى نـفسه بـقوله: تملّكت أو ملكت كإيقاع المتكلّم الأصيل التّمليك إلى الغاصب الفضوليّ بقوله:

ملّكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدّراهم لغيره أو جهله بـذلك. انتهى.

وبالجملة: مراده من الكلام الّذي وعد إتيانه هو هذا الإشكال، لا إشكال انتفاء قصد المعاوضة الحقيقية من الغاصب الذي تعرّض لها المصنّف مع جوابه قبل هذا الإشكال، أعني: إشكال المغايرة بين المنشأ والمجاز بقوله: «ومنها: أنّ الفضولي إذا قصد بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة».

ومن هنا يظهر عدم توجّه إيراد سيّدنا العلّامة الأُستاذ على المصنّف قدس سرهما بعدم الوجه للفرق بين المثال أعني قوله : ملّكتك فرسي هذا بحمار عمرو، وبين من باع مال نفسه لغيره، بالحكم بلغويّة قصد كونه لغيره في الثاني، وعدم الحكم بلغوية قصد تمليك المخاطب وكونه شراء فضوليّاً لعمرو؛ فإنّه إن كان ذلك مع عدم قصد المعاوضة فلا إشكال في بطلانهما، وإن كان مع قصدها فلا إشكـال في الحكم باللّغويّة في كليهما. انتهىٰ.

[و] وجه الظهور أنّه مبني على أن يكون نظره في الإشكال في المـثال الأوّل إلى إشكال عدم تحقّق مفهوم المعاوضة؛ إذ لا فـرق فـيه بـين الفـرعين وروداً ودفعاً، وهو ممنوع، وإنّما نظره إلى إشكال مغايرة المنشأ مـع المـجاز، وهذا الإشكال بلحاظ أخذ مالكيّة المخاطب للثّمن في مفهوم الإيـجاب فـي المثال الأوّل، وعدم أخذ مالكيّة الغير في مفهوم الإيجاب في الثاني يجري في الأوّل دون الثاني.

هذا، ولكن لنا كلام مع المصنّف هناك ومجمله: أنّه لا يرد الإشكال أصلاً علىٰ تقدير قصد المعاوضة، بل مطلقاً كي يحتاج إلى الجواب، فانتظر.

قوله: وأمّا ما ذكره من مثال من باع. ٢/١١٨

أقول: يعني أمّا المثال الّذي ذكره بقوله: «وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير» فحكمه رحمه الله فيه بعدم وقوعه عن الغير لا إشكال فيه كما ذكره.

وأمّا ما يظهر منه من تفصيله رحمه الله في وقوعه عن البائع وعدمه بين الأوجه، بوقوعه عنه على الأوسط، وبعدم وقوعه عنه مثل عدم وقوعه عن الغير على الأوّل، والتفصيل بالوقوع عنه إن لم يصرّح بالخلاف والعدم إن صرّح به على الأخير، ففيه إشكال، بل منع؛ إذ الظاهر وقوعه عنه ولغويّة قصد كونه عن الغير مطلقاً علىٰ جميع الأوجه؛ لأنّ مناط لغوية ذاك القصد في الفرض على الأوسط ليس إلّا عدم تعقّله مع قصد المعاوضة الحقيقيّة، وهو موجود في الجميع، إلّا أن يقال: إنّ عدم تعقّله إنّما هو فيما إذا وجد هناك قصدها كي يمنع عن وجود قصد كونه للغير المنافي له، وهو غير معلوم؛ لإمكان أن لا يقصد حقيقة المعاوضة من البيع في بعت ويجعل قصد كونه للغير قرينة علىٰ هذا العدم.

وفيه ـ مع أنّه لا يدفع عنه إيراد عدم وجاهة التفصيل في وقوعه عن البائع وعدمه بين الوجود؛ إذ لازمه القول بعدم وقوعه عنه مطلقاً حتّى على الأوسط؛ لعدم قصد المعاوضة الحقيقيّة مع المالك ـ: أنّ صحّة المعاملة المذكورة... إلى آخر ما في المتن.

١١٨/٢ـ٣ **قوله: والظاهر وقوعه عن البائع.**

أقول: لأصالة الظهور في قول: «بعت» الظاهر في المعاوضة الحقيقيّة.

١١٨/٣ **قوله: لغويّة قصده عن الغير.**

أقول: يعني قصد وقوع البيع عن الغير.

قوله: لأنّه أمر غير معقول.

أقول: يعني مع قصد المعاوضة الحقيقيّة علىٰ ما يقتضيه ظاهر لفظ «بعت»، وجه عدم المعقوليّة: أنّ قصد وقوعه عن الغير من قبيل الدّاعي إلى البيع وحقيقة المعاوضة المناقض له، فمع قصده كما هو ظاهر اللّفظ لا يقصد إلى وقوعه عن الغير حقيقة؛ إذ لا يعقل أن يدعو الشيء إلى نقيضه الذي لا يترتّب

عليه هذا الدّاعي، فلابدّ أن يقصد إليه مجازاً بمعنى إعطاء مال وأخذ مال آخر.

قوله: إلّا أن يقال: إنّ وقوع البيع. ٥/١١٨

أقول: حاصل ما يقال: أنّ الحكم بوقوع البيع عن البائع مستنداً إلى أصالة الظهور المذكور دوريّ؛ لأنّها موقوفة على انعقاد ظهور لـ«بعت» في المعاوضة الحقيقيّة، وهو موقوف على لغويّة قصد كونه للغير، بمعنىٰ عدم معقوليّته، وإلّا يكون قرينة على التصرّف فيه، وهي موقوفة على أصالة الظهور، فيدور الأمر حينئذٍ بين الأخذ بظهور «بعت» في المعاوضة الحقيقيّة والحكم بلغوية القصد المذكور، فيصحّ البيع عن البائع، وبين الأخذ بالقصد المذكور وجعله قرينة على التصرّف علىٰ نحو يرتفع التناقض، وهو أحد الأمرين:

الأوّل: التصرّف في مادّة «بعت» بعدم إرادة المعاوضة الحقيقية بلا تصرّف في الغير الّذي قصد كون البيع له بتنزيله منزلة نفسه، كما هو الظاهر على تقدير بطلان الشقّ الأوّل؛ لما يأتي في البيع الغاصب، في بيان الفرق بين بيع البائع الغاصب لنفسه وبين شراء المالك بماله للغير، الذي هو نظير المقام؛ حيث إنّهم حكموا بصحّة الأوّل وبطلان الثاني.

والثاني: عكس ذلك، وهو التصرّف في الغير بتنزيله منزلة نفسه مع إرادة المعاوضة الحقيقيّة من البيع على احتمال بعيد، فحينئذٍ يكون الغير ركن العقد، ويكون المعاوضة الحقيقيّة مع المالك التّنزيلي.

وعلى كلا الوجهين تبطل المعاوضة، إمّا على الأوّل، فلعدم قصد المعاوضة الحقيقيّة مع المالك الحقيقي، هذا غاية توضيح لكلام المصنّف‌ﷺ.

ويتّجه عليه ما أورده السيّد الأُستاذﷺ من أنّ العكس ـ مضافاً إلى أنّه معلوم العدم في المقام ـ يكون وجهاً للصحّة لا البطلان؛ ولذا استند إليه في تصحيح بيع الغاصب كما يأتي، فلا وجه لتفريع البطلان على أحد الوجهين من جعله قرينة علىٰ عدم المعاوضة وجعله قرينة على التنزيل المذكور بقوله:

«فحينئذٍ يحكم بالبطلان» إلّا أن يقال: إنّه تفريع على الشّق الأوّل، إلّا أنّه بعيد.

هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري والقابل للبائع؟ ٣: ٣٠٣

١٢/١١٨ **قوله: وأمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري.**

أقول: يعني أمّا علم الموجب بأنّ القابل يقبل لنفسه أو لغيره، وعلى الثاني يعلم أنّه زيد أو عمرو، وعلم القابل بأنّ الموجب يوجب لنفسه أو لغيره، وأنّ الغير من هو، فيحتمل اعتباره مطلقاً، إلّا فيما إذا علم أنّ خصوصيّة كلّ من صاحب الثّمن والمثمن غير مراده لمباشر الإيجاب كما في غالب البيوع، فإنّ تمام النظر فيها إلى ذات الثمن والمثمن ولا نظر فيها إلى خصوصيّة مالكهما.

ففي ماعدا المُستثنى إن علم كلّ منهما خصوص الآخر، بأن علم الموجب أنّ القابل يقبل لنفسه وأنّه صاحب الثّمن، وعلم القابل أنّ الموجب يوجب لنفسه وأنّه صاحب المثمن، وكان العقد خالياً عن اللّفظ الظاهر في إرادة خصوصيّة المباشر لأحد طرفي العقد، مثل كاف الخطاب كما في قول أحدهما: بعتك هذا بهذا، وقول الآخر قبلت هذا بهذا، أو كان العقد مشتملاً عليه ولكن أُريد منه فيما لو كان المالك غير المخاطب معنى ينطبق على المالك مع نصب قرينة عليه، صحّ بلا إشكال.

وإن جهلا أو أحدهما بذلك بطل لفقد الشرط.

وفي المستثنىٰ يصحّ مطلقاً حتّى مع الجهل بخصوص المخاطب، ولكن مع التحفّظ على التّطابق بين مورد الإيجاب والقبول ولو بالإجمال، بأن قصد الموجب تمليك المثمن لصاحب الثمن المعلوم بالإجمال عنده المردّد بين القابل وغيره، وقصد القابل تمليك الثمن لصاحب المثمن المعلوم عنده كذلك.

ولازم ذلك التصرّف في كاف الخطاب، علىٰ تقدير اشتمال العقد عليها، بإرادة المخاطب بالعنوان العامّ الشامل له بما هو أصيل حقيقة أو تنزيلاً، إمّا من الشرع أو من العاقد، كما في الغاصب وهو عنوان المتسلّط على المال مثلاً، مستنداً في ذلك إلى قرينة غلبة إرادة العنوان العامّ من المخاطب؛ إذ لو لم يقصد

منه ذلك بل قصد خصوص المخاطب لفات التطابق، إلّا فيما كان المخاطب هو المالك واقعاً.

ويحتمل عدم اعتباره إلّا فيما علم من الخارج إرادة خصوصيّة الطّرفين واختلاف الأغراض باختلافهما كما في النكاح، فيكون الحال على هذا الاحتمال في كلّ من طرفي المستثنى منه والمستثنى من حيث الصحّة والفساد عكسها على الاحتمال السابق.

مختار المؤلّف ودليله ٣: ٣٠٣

قوله: والأقوىٰ هو الأوّل. ١٥/١١٨

أقول: بل الثاني لوجود المقتضى للصحّة وعدم المانع، أمّا الأوّل: فهو إطلاقات حلّ البيع وأدلّة سائر المعاملات؛ إذ العلم بخصوصيّة الطّرفين لم يؤخذ في حقيقة البيع وسائر عناوين المعاملات لا لغة ولا عرفاً، وأمّا الثاني: فلأنّه إمّا أن يكون شرعيّاً بأن دلّ دليل شرعي على اعتباره، وإمّا أن يكون غيره، والأوّل منتفٍ وهو واضح، وأمّا الثاني فهو منحصر في استلزام عدم التعيين عدم قصد المعاوضة.

وفيه: أنّه لا منشأ لتوهّم ذلك إلّا لزوم التناقض بين قصدها وبين قصد الخصوصيّة، وهو منتفٍ فيما إذا قصدها وعقد بلفظ خاصٍّ عن لفظ له ظهور في إرادة الخصوصيّة أو مشتمل عليه، ولكن مع نصب القرينة على إرادة الأعمّ الشامل للخاصّ وغيره، أو علم أنّه أراد منه خصوص المخاطب ولكن بطور الخطأ في التطبيق لا بطور التقييد.

كلام العلّامة في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح ٣ : ٣٠٤

قوله: وإنّ معنى قوله: «بعتك كذا بكذا». ١٩/١١٨

أقول: حاصل هذا الوجه أنّه لاتنافي بين قصد خصوص المخاطب مع كونه وكيلاً في الواقع عن صاحب الثّمن وبين صحّة البيع لمالك الثّمن؛ لأنّ معنى البيع للمخاطب جعله مشترياً، ولاتنافي بينه وبين كونه وكيلاً عنه.

وحاصل جواب المصنّف عن هذا الوجه: منع كون معنى البيع للمخاطب

بعنوانه هو ما ذكر، بل معناه جعله مالكاً للمبيع، ومعلوم أنّه لايصدق على الوكيل، فقصد خصوص المخاطب بعنوانه ينافي صحّة البيع في صورة الوكالة؛ إذ معه لايمكن قصد المعاوضة الحقيقية.

المناقشة فيما أفاده العلّامة من الفرق ٣: ٣٠٤

١١٨/٢١ **قوله: إنّما يصحّ وجهاً لوجوب التعيين في النّكاح لا لعدم وجوبه في البيع.**

أقول: حاصل ما ذكره أنّ كلامه إنّما يدلّ على أنّ الزّوجين في النكاح ركن كالعوضين في البيع، وأمّا إنّ البائع والمشتري ليسا بركنين حتّىٰ ترتّب عليه عدم وجوب التّعيين فلايستفاد من كلامه، لكنّه كما ترىٰ؛ إذ كلامه يدلّ على أنّ المدار في ركنيّة شيء وعدمه على اختلاف الأغراض باختلافه وعدمه، ولاريب أنّ البائع والمشتري لايختلف الأغراض باختلافهما، فليسا بركنين في البيع.

ومن هنا ظهر الجواب عن الإيراد الثاني الّذي حاصله: اختصاص الوجه المذكور بالنّكاح وعدم جريانه في غيره ممّا لابدّ من التعيين فيه عند الإطلاق أيضاً، مثل الوصيّة والوقف والهبة، فيكون أخصّ من المدّعى، فتأمّل تفهم وجه الظّهور.

الأولى في الفرق بين النكاح والبيع ٣: ٣٠٥-٣٠٦

١١٨/٢٤-٢٥ **قوله‌ﷺ: ولاينافي ذلك ... إلى قوله: فتأمّل.**

أقول: لعلّه يشير به إلى وجه عدم المنافاة، وهو أنّ الغالب في البيع وإن كان قصد المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه أصيلاً أو وكيلاً عن الغير، إلّا أنّ الغالب فيه قصد المتكلّم بعنوانه الخاصّ وكونه أصيلاً، فحينئذٍ يكون دعوى المشتري عدم الإصالة علىٰ خلاف الظاهر النّاشي من الغلبة، فلاتسمع.

١١٨/٢٥ **قوله: بل ربّما يستشكل.**

أقول: هذا ترقٍّ عمّا قبله ومنع لما يستفاد منه، أعني: صحّة قصد المتكلّم المخاطب باعتبار عنوان كونه وكيلاً عن الزّوج ولو نادراً.

قوله: ولعلّ الوجه. ٢٦/١١٨

أقول: يعني لعلّ وجه الاستشكال في صحّة ما ذكر عدم تعارف صدق عنوان «الزّوج» مثلاً على الوكيل ولو بالتجوز، وعدم استعمال أهل العرف «الزّوج» في الوكيل ولو مجازاً.

قوله: فتأمّل حتّىٰ لايتوهّم... إلى آخره. ٢٧/١١٨ ـ ٢٨

أقول: ضمير «رجوعه» راجع إلى ما ذكره بقوله: «فالاولى في الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب».

والمراد من الموصول في قوله: «إلى ما ذكرنا سابقاً»: هو الوجه الثاني من وجهي الفرق بين البيع والنكاح الّذي ذكره سابقاً بقوله: «وقد يقال في الفرق»، أعني من هذا الوجه الثاني ما ذكره بقوله: «وانّ معنى قوله: بعتك كذا بكذا».

والمراد من الاعتراض عليه ما ذكره بقوله: «وعلى الوجه الثاني أنّ معنى بعتك». ووجه عدم الرّجوع إليه أنّ المقصود من المخاطب فيما اعترضنا عليه كان هو بعنوان الخاصّ، أعني كونه مخاطباً في هذه المعاملة وفيما ذكرنا بقولنا: «والأولى في الفرق» هو بعنوانه العامّ لكونه مالكاً ولكونه وكيلاً، أعني منه عنوان المسلّط على المال في مقام المعاملة.

[● الاختيار]

قوله ﷺ: لا الأختيار مقابل الجبر. ٢٩/١١٨

من شروط المتعاقدين الاختيار ٣: ٣٠٧

أقول: مراده من «الجبر» مايكون مثل حركة المرتعش لا ما أُريد منه ـ أي من الجبر ـ في رواية ابن سنان الآتية بعد مقدار صفحة، الفارقة فيها بينه وبين الإكراه، وهو الإكراه البالغ حدّ الإلجاء؛ إذ بناء عليه لايصحّ الاستدلال بحديث الرّفع على اعتبار الاختيار بناء على ما سيذكره المصنّف ﷺ من كون

المراد من الاكراه هو خصوص البالغ حدّ الإلجاء؛ وذلك لاختصاص المراد من الاختيار المعتبر بناء على هذا التقدير الثاني بما يقابل خصوص الإكراه الغير البالغ إلى ذاك الحدّ، فيكون أجنبيّاً عن الحديث، هذا بخلافه على التقدير الأوّل؛ فإنّه يصحّ الاستدلال به عليه ولو في الجملة.

هذا، مع أنّ الجبر بالمعنى الثاني ليس مغايراً للكراهة، بل هو فرد من أفرادها، فما هو مقابل له أيضاً قوله: «عدم القصد إليه عن طيب النّفس» وكذلك في قوله: «ليس قصد وقوعه» فلاينافي ما سبق في أوّل العنوان.

المراد من قولهم: «المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله» ٣: ٣٠٩ـ٣١١

٤/١١٩ قوله: وهذا الّذي ذكرنا لا يكاد.

أقول: المشار إليه بـ«هذا» هو خصوص عدم كون مرادهم أنّه لا قصد له إلّا إلى مجرّد التكلّم، وأنّ كلامه خال عن المعنىٰ، كمن يتكلّم تقليداً أو تلقيناً، لا خصوص كون مرادهم عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج عن طيب النفس ولا كلاهما ؛ لأنّ استدلالهم ـ بالأخبار الواردة في نفي الطلاق بدون إرادته ـ علىٰ عدم صحّة الطلاق من المكره لاتدلّ على كون المراد من القصد المنفيّ عن المكره هو القصد إلى الوقوع عن الطيب؛ حيث إنّ معنى العبارة ـ بعد كون المراد من الطلاق هو الطلاق الصحيح، أي صحّة الطلاق بعد تحقّق مفهومه اللّغوي والعرفي المتوقّف على استعماله في معناه ـ أنّه يعتبر في صحّة الطلاق بعد استعماله في معناه إرادة وقوعه في الخارج، ومعلوم أنّه لايقتضي اعتبار الطيب في الطّلاق وانتفائه في المكره مع وجود القصد إلى وقوعه.

وحينئذٍ فمقتضى الاستدلال بتلك الأخبار علىٰ عدم صحّة طلاق المكره انتفاء إرادة وقوعه في الخارج فيه بعد تحقّق إرادته من حيث الاستعمال، لا انتفاء الطيب مع وجود إرادة الوقوع.

وحينئذٍ يتّجه عليه رحمه الله: أنّ هذه الأخبار ـ بضميمة الاستدلال بها على

فساد طلاق المكره ـ تدلّ على أنّ القصد المفقود في المكـره هـو القـصد إلىٰ وقوع أثر العقد مطلقاً، لا القصد إليه عن الطيب كما اختاره، فـإنّه وإن لم يـقيّد القصد بكونه عن الطّيب في مقام توجيه عبارة المسالك، إلّا أنّه أراده جزماً كما يدلّ عليه ما ذكره في صدر المبحث في معنى الاختيار.

وكذا قوله بعد ذلك: «ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المـفقود فـي المكره هو القصد» إلى قوله: «وعدم طيب النفس به»؛ حـيث إنّ عـدم طـيب النفس عطف تفسير للقصد إلى وقوع أثر العقد.

اللّهمّ إلّا أن يراد من إرادة الطلاق إرادته الناشئة من قبل نفسه لا من قبل حمل الغير، وايعاده، وعلىٰ هذا كما يرتفع الإشكال المذكور كذلك يصحّ جعله إشارة إلى كلا الأمرين.

ويؤيّده بل يدلّ عليه قوله في أواخر الصّفحة الآتية: حيث استدلّوا على ذلك، أي على أنّ العبرة في المعاملات بالقصد الحاصل عن طيب النفس لقوله تعالىٰ: ﴿تِجَارةٍ عَن تَراضٍ﴾[1] إلى أن قال: «وعموم اعتبار الإرادة في صـحّة الطلاق، فتأمّل».

قوله: مع ما توهّمه من خلوّ المكره... ٤/١١٩ ـ ٥

أقول: أي توهّمه العبارة المتقدّم نـقلها عـن جـماعة مـنهم: الشـهيدان والعلّامة في بعض كلماته. و«من خلوّ المكره» بيان للموصول وجعله عـطف على معنى الإكراه، وضميره راجع إلى الإكراه. وقوله: «وحكمهم» عطف على معنى الاكراه. وقوله: «وصحّة بيعه بعد الرّضا» عطف على عدم وجوب التورية. وقوله: «واستدلالهم» عطف على حكمهم. وقوله: «وانّه لا طلاق إلّا مـع ارادة الطّلاق» عطف تفسير للاخبار وإشارة إلى مضمونها. وقوله: «وفيما ورد» وكذا : «وفي أنّ مخالفة بعض العامّة» أيضاً عطف علىٰ معنى الإكراه.

---

(١) النساء: ٢٩.

٦/١١٩ **قوله: لاتحقّق مفهومه لغة وعرفاً.**

أقول: لأنّ بيانه ليس وظيفة الإمامعليه السلام، ثمّ إنّ الصحّة لغة وعرفاً قيد «المفهوم» لا «التحقق».

٨/١١٩ **قوله: وعدم طيب النفس.**

أقول: اللّازم بعد ذكر المفقود قبل ذلك ترك لفظ «العدم» هنا وفي قوله: «لا عدم إرادة المعنى».

٩/١١٩ **قوله: ويكفي في ذلك ما ذكره الشّهيد الثاني.**

أقول: يعني يكفي في أنّ المراد من نفي القصد في المكره ليس نفي قصد المعنى من الكلام وعدم استعماله فيه ما ذكره الشهيد الثاني من: أنّ المكره إلى آخره.

[و] وجه الكفاية: أنّهرحمه الله جعل المكره والفضولي على حدٍّ سواء في قصد المدلول، ومن المعلوم أنّ الفضولي قاصد للمدلول ومريد له من اللّفظ، بمعنى استعماله فيه قبال إهماله، فلابدّ أن يراد منه ما ذكرنا، فكذلك المكره.

١٠/١١٩ **قوله: وبعض المعاصرين.**

أقول: يعني به صاحب الجواهر في كتاب الطلاق وفي قوله: «بنى هذا الفرع على تفسير القصد» مسامحة، وحقّ العبارة أن يقول: وبنى الفرع المذكور ـ أي وقوع الطّلاق فيه ـ على انتفاء القصد للمكره بما ذكرنا من متوهّم كلامهم. أي بالمعنى الّذي يتوهّم من كلامهم، وهو القصد إلى مدلول الكلام وانشائه.

وكيف كان، فالمراد من «القصد» في تفسير القصد هو القصد المنفيّ في المكره.

١٢/١١٩ **قوله: بتوعيد منه.** — حقيقة الإكراه ٣: ٣١١

أقول: يعني من الحامل، والظاهر عدم اعتبار الاقتران بالتّوعيد، بل يكفي العلم أو الظّن بترتّب الضرر على مخالفته، وإن لم يكن **هناك** توعيد.

هل يعتبر عدم إمكان التفصّي عن الضرر بما لا ضرر فيه؟ ٣: ٣١٢

قوله: ثمّ إنّه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه. ٢٠/١١٩

أقول: يعني هل يعتبر في أصل تحقّق مفهوم الإكراه العجز عن التفصّي بنحو من الأنحاء بحيث لو تمكّن منه ومعه فعل مايريده المكره ـ بالكسر ـ لما تحقّق مفهوم الإكراه حقيقة، فلو حكم عليه حينئذٍ بحكم الإكراه فقد حكم بحكمه علىٰ غير موضوعه؟ أم لايعتبر فيه ذلك، فيتحقّق فيه الإكراه في الفرض المذكور حقيقة؟

وعلى الثاني: هل يعتبر في حكم الإكراه تعبّداً العجز عن التفصّي بحيث لا حكم له مع التّمكن منه، بمعنى أنّ الحكم مترتّب على مطلق الإكراه أو على الإكراه المقيّد بالعجز عن التفصّي؟

عدم اعتبار العجز عن التورية ٣: ٣١٣

قوله إنّه: يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية. ٢١/١١٩

أقول: هذا بضميمة قوله فيما بعد سطرين: «مع انّ القدرة على التّورية لايخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً انتهىٰ» استدلالٌ لمختاره المطويّ في العبارة قبل ذلك من مثل قوله: «الأقوى هو الثاني» أي عدم الاعتبار مطلقاً، لا في موضوعه ولا في حكمه.

أمّا في موضوعه: فلأنّ القدرة على التورية لايخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً، وأمّا في حكمه: فلأنّ الذي يظهر من إطلاق النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية في حكم الإكراه أيضاً، مع عدم اعتباره في موضوعه لما مرّ كما مرّ؛ لأنّ حمل إطلاق رفع الإكراه في حديث الرّفع، وإطلاق النصوص الخاصّة الواردة في طلاق المكره ـ الشّامل كلا هذين الإطلاقين لصورة عدم العجز عن التورية أيضاً مثل صورة العجز عنها، في غرض واحد لاندراجهما تحت الإكراه كذلك، أي في عرض واحد على خصوص صورة العجز عن التورية؛ كي يختصّ حكم الإكراه بهذه الصورة، وتكون صورة عدم العجز عنها خالية عن الدّليل المثبت لحكم الإكراه فيها، مع

عدم دليل خارجي يوجب ذلك ـ بعيد جدّاً بلحاظ كونه من حمل المطلق على الفرد النّادر؛ لأنّ الغالب هو التمكّن من التورية.

فعلم ممّا ذكرناه أنّ الأحسن تقديم التعرّض لعدم اعتباره في الموضوع على التعرّض لعدم اعتباره في حكمه.

هذا، ولايخفى أنّ استبعاده حمل الإطلاق على ما ذكر ـ بأنّه من قبيل الحمل على الفرد النّادر ـ مخدوش بأنّه إن أراد من ندرة العجز عن التورية ندرته مع الالتفات إلى التورية فهو حقّ متين، لكنّه لايجدي مع غلبة الغفلة عنها؛ وإن أراد ندرته مع الغفلة عنها ففيه منع واضح؛ وذلك لغلبة الغفلة، فلايكون حمله على صورة العجز حملاً على النادر.

هل يعتبر العجز عن التخلّص بغير التورية ؟ ٣: ٣١٣ـ٣١٤

١١٩/٢٣ ـ ٢٤ قوله ﷺ: **وربّما يستظهر من بعض الأخبار.**

أقول: وجه استظهار ما ذكره من رواية ابن سنان المذكورة في المتن أنّ السّلطان مثال لمن لايمكن التفصّي من حمله على الفعل وتوعيده على مخالفته، والزّوجة والأب والأُمّ أمثلة لمن يمكن التفصّي من حمله على الفعل؛ لغلبة الإمكان في الثاني وعدمه في الأوّل، فكأنّه عليه السلام قال: الجبر يكون من حامل لايمكن التفصّي منه نوعاً مثل السلطان، والإكراه يكون من حاملٍ يمكن التفصّي منه نوعاً كالزّوجة والأب والأُمّ، ففي الثاني قد أطلق الإكراه على الحمل والتوعيد وجعله من أفراده، مع أنّه يمكن التفصّي فيه.

١١٩/٢٦ قوله: **لأنّ المناط.**

أقول: يعني المناط في صدق الإكراه.

١١٩/٢٧ قوله: **فلا فرق.**

أقول: يعني في عدم الانحصار.

اعتبار العجز عن التخلّص بغير التورية ٣: ٣١٤ـ٣١٥

١١٩/٢٩ قوله: **في ترتّب الضرر المتوعّد به على الترك.**

أقول: أي ترتّب الضرر على ترك خصوص الفعل المكره عليه، ومعلوم

أنّه مع القدرة على الفعل الذي يمكن له التفصّي به عنه ـ كالفرار مثلاً ـ لا يكون الضّرر مترتّباً على خصوص تركه، بل على تركه مع ترك الفرار الذي يمكن أن يتفصّى به عنه.

وحينئذٍ ينتفي شرط وقوع الفعل عن الإكراه، وهو كون الدّاعي إليه خوف ترتّب الضرر علىٰ خصوص تركه؛ لأنّ الدّاعي حينئذٍ خوف ترتّبه على تركه وترك الفرار مثلاً معاً.

قوله: وما ذكرناه وإن كان جارياً في التورية. ٣٢/١١٩

أقول: هذا بيان لوجه الفرق بين إمكان التفصّي بالتورية وبين إمكانه بغيرها باعتبار عدم الثاني دون الأوّل.

وحاصل وجهه: أنّه وإن كان ينتفي موضوع الإكراه بإمكان كلّ واحد منهما، إلّا أنّ الشارع رتّب على غير الإكراه في الصورة الأُولى أثر الإكراه وحكم عليه بحكمه تعبّداً على ما يقتضيه ظاهر النصوص، بخلاف الصورة الثانية.

وفيه: ما مرّ منه ﷺ: أنّه كما ترى وبيّنا وجهه هناك، وهو أنّ الظاهر من النصوص أنّ ترتيب أثر الإكراه إنّما هو لأجل تحقّق نفس الإكراه، لا لأجل التعبّد مع انتفائه؛ ولذا عدل عن هذا الوجه في الذيل وقال: «لكنّ الأولى أن يفرق».

وقد يقال في وجه الفرق: إنّ أصل البيع مع عدم العجز عن التّورية وإن كان غير مكره عليه؛ إذ لابدّ في صدقه عليه عدم الاختيار في مقدّمة من مقدّماته التي منها القصد إلى وقوعه في الإنشائيّات، إلّا أنّ اللّفظ الّذي هو جزء السّبب مكره عليه، فإذا ارتفع أثره لأجل الإكراه خرج هذا اللفظ عن أن يصلح للتأثير في النقل والانتقال. والحاصل: أنّ البيع الّذي يترتّب عليه الأثر في نظر الشارع مايكون بجميع أجزائه ومقدّماته المستندة إلى البائع اختياريّاً غير

مكره عليه في واحد منها.

ويتّجه عليه: لو كان نظرهم إلى هذا لما كان وجه لحكمهم بالصّحة فيما لو أكره على الأعمّ من الصحيح والفاسد واختار الأوّل؛ حيث إنّه ليس مكرهاً علىٰ قصد خصوص ذلك، ولكنّه مكره على إيجاد لفظ «بعت» الّذي تلفّظ بـه لإيقاع الصحيح، فيعلم من هذا أنّ المناط في رفع الأثر كون الفعل مكرهاً عليه بجميع أجزاء أسبابه ومقدّماته، عكس ما تقدّم في وجه الفرق، ولازمـه عـدم ارتفاع الأثر مع التمكّن من التّورية؛ لعدم كون القصد إلى الوقوع الّذي هو من جملة المقدّمات إكراهيّاً معه.

وقد يقال بوجه آخر في الفرق بينهما، وهو: إنّ العرف يحكمون بتحقّق موضوع الإكراه عند القدرة على التفصّي بالتورية وبـعدمه مـع القـدرة عـلى التفصّي بغيرها، وهذا يكفي في رفع الأثر في الأوّل دون الثاني؛ لصدور الأخبار بحسب متفاهم العرف.

وأورد عليه ـ بعد تسليم الفرق ـ بأنّ العرف يتبع في مداليل الألفاظ لا في تعيين الصّدق، وليس الإشكال هنا في المـفهوم؛ إذ ليس فـي مـفهوم الإكـراه إجمال؛ لما تقدّم أنّه لغةً وعرفاً عبارة عن الحمل على الشّيء والإجبار عـليه، وبعد تعيين معناه لو كان شيء في نظر العرف مصداقاً له، ونحن نعلم بعدم صدق المفهوم عليه لخطّأناهم في فهمهم، وفهمهم لايوجب تنزيل الرواية عليه؛ لأنّ موضوعها الإكراه، ونعلم بعدم تحقّقه في المقام.

وهنا وجـه رابـع للـفرق بـينهما تـعرّض له بـقوله: «ولكـن الأولى أن يفرّق...»، وحاصله: أنّ الإكراه موضوعاً يتحقّق مع إمكان التـفصّي بـالتّورية بخلافه مع إمكانه بغيرها، ومحصل ما ذكره وجهاً له: أنّ المدار في تحقّق الإكراه علىٰ فعل ووقوعه مكرهاً عليه علم المكره ـ بالفتح ـ أو ظنّه بترتّب الضّرر من المكره ـ بالكسر ـ فيما إذا لم يفعله لو التفت إليه المكره ـ بالكسر ـ واطّلع عليه

فضلاً عن صورة عدم التفاته إليه؛ ضرورة عدم ترتّبه علىٰ تركه الواقعي مجرّداً عن التفاته بأنّ اعتقد ايجاده وعدم تركه أو غفل عنه.

ومن المعلوم أنّ هذا المعنى موجود مع التورية؛ إذ لو علم بأنّه ما أوجد المكره عليه حقيقة بل ورّى وأوجد صورته والتفت إليه لترتّب عـليه ضـرره حسب ما أوعده، وهذا بخلاف غير التّورية، فإنّه مع التّمكن منه لايترتّب على تركه الضّرر وإن التفت إليه المكره ـ بالكسر ـ فمعه لو أوجده لايكون مكـرهاً عليه.

وإن شئت قلت: إنّ الإكراه أن يكون إرادة فـاعل الفـعل مـقهورة لإرادة شخص آخر بحيث لايكون مستقلّاً في إيجاده، والمكره في موارد التمكّن من التّورية مقهور في إرادة واحدٍ من الأمرين: إمّا نفس الفعل الحـقيقيّ وإمّـا مـا يشابهه، فأيّهما وقع فقد وقع عن إرادة مقهورة لإرادة الغير، فيكون مثل الإكراه على أحد الأمرين على نحو الترديد بأن ألزمه إمّـا عـلىٰ بـيع داره أو إجـارة حماره، وهذا بخلاف موارد القدرة على غير التورية، فتأمّل.

قوله: فإنّ التّنبيه في المقام وإن لم يكن واجباً. ١/١٢٠

أقول: يعني التنبيه على التورية.

والوجه في عدم وجوبه في المقام أنّه لايجب إلّا مع الالتفات إلى التورية والجهل باعتبار العجز عنها، وعلى هذا لمّا لم يكن لمثل عمّار ـ بل لكلّ عاقل ـ أن يتكلّم بألفاظ الكفر بدون التورية؛ لوجوب الاحتياط عقلاً في الشبهة قبل الفحص، لم يكن يتكلّم بها بدون التورية، ولكنّه تكلّم بها بدون التورية، فيعلم من ذلك أنّه لم يكن ملتفتاً إلى التورية، وكان جاهلاً بها وغافلاً عن كيفيّتها وإن كان عالماً بحكم التورية، ومن المعلوم عدم وجوب إعلام الجاهل بالموضوع وتنبيه الغافل عنه.

وبالجملة: من عدم احتياط عمّار في القضيّة بالتورية يعلم أنّه كان غافلاً

عن التورية وغير قادر عليها، وهذا النّحو من الغافل، وإن كان لايجب تنبيهه، إلّا أنّه لا شكّ في رجحانه واستحباب إزالة جهله بالتورية، وتعليم كيفيّتها لو وجب التفصّي بها على القادر عليها، وكان العجز عنها معتبراً في جواز الفعل المكره عليه، ولم يكن يتركه النبيّ صلى الله عليه وآله كالواجب، ولكنّه تركه، فيعلم أنّه ليس براجح، فلايجب التفصّي بها على القادر عليها ولايعتبر العجز عنها في جوازه، وهو المطلق.

والحاصل: أنّ استفادة عدم اعتبار العجز عن التّورية في جواز المكره عليه من عدم تنبيهه صلى الله عليه وآله عليهما لا تبتنى علىٰ وجوبه عليه صلى الله عليه وآله حتّى يمنع، بل يكفي فيها رجحانه عليه صلى الله عليه وآله أيضاً.

عدم اعتبار العجز في الإكراه الرافع لأثر المعاملات ٣ : ٣١٧

٧/١٢٠ **قوله: ثمّ إنّ ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصّي إنّما هو في الإكراه.**

أقول: يعني التفصّي بغير التّورية لما مرّ من عدم اعتبار عدم إمكان التّفصي بالتّورية فيه.

ثمّ لايخفى أنّ مرجع ما ذكره من الفرق بين المعاملات والمحرّمات هو عدم توقّف سقوط أثر الأوّل على الإكراه، وتوقّف ارتفاع الحرمة في الثاني عليه، لاتوقّف كليهما عليه، ولكن بمعنىً له في الأوّل غير ماله من المعنى في الثاني، حتّى يورد عليه بأنّ الإكراه ليس له إلّا معنى واحد، فإن كان عبارة عن مطلق حمل الغير على ما يكرهه بحيث لولا الحمل لما فعله ولو لم يترتّب ضرر على تركه ـ كما يدلّ عليه رواية ابن سنان المتقدّمة ـ فاللازم عدم اعتبار العجز عن التّفصي بغير التّورية أيضاً في تسويغه للمحرّمات.

وإن كان عبارة عن حمله عليه بترتّب ضرر علىٰ تركه علماً أو ظنّاً فاللازم عدم اعتبار أصل الإكراه في سقوط أثر المعاملات؛ لدلالة الدّليل مثل آية التجارة عن تراضٍ وحديث الطّيب، المراد منهما الرّضا والطّيب الحاصلان لا لأجل إرادة الغير له على سقوطه بأقلّ من الإكراه.

وعلى الثاني يكون البحث عن حقيقة الإكراه وما يعتبر فيه وما يترتب عليه من الفروع ـ كالاستدلال بحديث الرفع في المسألة كلّها ـ أجنبياً عن المسألة، وأيضاً يكون التفرقة بين المثالين بتحقق الإكراه في الأوّل دون الثاني خالية عن الوجه؛ لصدق الإكراه في كليهما على التفسير الأوّل وعدم صدقه كذلك على التفسير الثاني، كما لا فرق بينهما في عدم الطيب، فلا فرق بينهما في البطلان لو كان المناط فيه انتفاء الطّيب، ودعوى وجوده في الأوّل دون الثاني ممّا لا نقدر على تصديقه.

قوله: فالإكراه المعتبر في تسويغ المحرّمات. ١٣/١٢٠

المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات ٣ : ٣١٧ـ٣١٨

أقول: بعد وجود رواية ابن سنان وشمول إطلاق قوله عليه‌السلام فيها: «ليس ذلك بشيء» بالنّسبة إلى الإكراه الّذي جعله في مقابل الجبر للمحرّمات مثل المعاملات، لا وجه للتّفكيك بينهما بالاقتصار في رفع الحرمة على خصوص الجبر، وتعميم رافع أثر المعاملة له ولغيره، إلّا أن يقال: إنّ الاقتصار به في الأوّل إنّما هو لأجل دليل خارجيّ مخصّص للرواية.

وكذا لا وجه لحمل الإكراه في حديث الرفع على خصوص الإكراه البالغ حدّ الإلجاء؛ لأنّ رواية ابن سنان حاكمة على الحديث وشارحة للمراد منه فيه موجبة لرفع اليد عن قضيّة التّبادر، وعلىٰ هذا يكون الفرق بينه وبين الاضطرار في الحديث بالعموم من وجه؛ لكون الأوّل أخصّ من جهة اعتبار حمل الغير على الفعل في تحقّق عنوانه، وأعمّ من جهة عمومه لصورة بلوغه حدّ الضرورة وعدمه؛ والثاني بالعكس.

قوله: ولذا يحمل.... ١٤/١٢٠

أقول: يعني ولأجل تبادر الإلجاء من لفظ «الإكراه» يحمل... إلى آخره، فلايدلّ الحديث على فساد العقد المكره عليه إلّا في صورة الإلجاء، فمنه يعلم أنّ مراده من الاستدلال به على اعتبار الاختيار في صدر المسألة إنّما هو في

الجملة وبالنسبة إلى بعض مراتب الإكراه لا مطلقاً.

١٤/١٢٠ـ١٥ **قوله: فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار.**

أقول: يعني مع كونه حينئذٍ مثل الإضطرار في اعتبار العجز عن التفصّي في صدقه لعدم الإلجاء مع التمكّن منه.

١٥/١٢٠ **قوله: اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير.**

أقول: يعني واختصاص الإكراه بالحاصل من فعل الغير وحمله على الفعل وتوعيده على الترك.

قوله: لكن الدّاعي على اعتبار ما ذكرنا.

أقول: يعني أنّ السّبب الباعث لاعتبار ما ذكرناه في أوّل العنوان في المعاملات من الاختيار في مقابل مطلق الإكراه، لا الاختيار المقابل للجبر والإلجاء، مع أنّ قضيّة حديث الرّفع هو خصوص الثاني، إنّما هو شيء آخر غير حديث الرّفع، وهو أمران:

أحدهما: الإجماع؛ حيث إنّ العبرة في المعاملات عندهم بالقصد الحاصل عن طيب النفس المنتفي في جميع أقسام الإكراه، وهو غير البالغ إلى حدّ الإلجاء، كما يدلّ عليه استدلالهم على اعتبار الاختيار بآية التراضي وحديث طيب النفس.

وثانيهما: الأخبار الدالّة على عدم صحّة الطلاق بدون طيب النفس، ومع الكراهة مطلقاً ولو لم يبلغ حدّ الإلجاء.

وهذا علىٰ قسمين، إذ منها : ما يدلّ على ذلك بالعموم والإطلاق، كالأخبار الواردة في أنّه لا طلاق لمن لم يرد الطلاق؛ فإنّ عدم إرادة الطلاق ـ المراد بها الإرادة عن طيب النفس ـ يعمّ بإطلاقه لغير البالغ حدّ الإلجاء.

ومنها: مايدلّ عليه عدم صحّة طلاق المكره الغير البالغ حدّ الإلجاء بالخصوص، وذلك كما ورد فيمن طلّق زوجته للمداراة مع عياله؛ حيث إنّ

المنتفي فيه ليس إلّا صرف طيب النفس لإمكان التفصّي فيه غالباً، وبضميمة عدم الفرق بين الطّلاق وسائر المعاملات في ذلك يتمّ المطلب.

الفرق بين الإكراه في الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ٣ : ٣١٩

قوله: هو دفع الضرر. ١٩/١٢٠

أقول: يعني هو توقّف دفع الضرر بمخالفة ذاك الحكم التكليفي أعمّ من كونها بطيب النفس وعدمه. وبعبارة أُخرىٰ: أعمّ من كون الضرر والضرورة بفعل الغير كما في الإكراه، أو لا بفعله كما في الجوع مثلاً.

قوله: عدم الإرادة وطيب النفس.

أقول: سواءً كان مضطرّاً أم لا.

لو أُكره الشخص على أحد الأمرين ٣ : ٣١٩ ـ ٣٢٠

قوله: ومن هنا لم يتأمّل.

أقول: أي من كون المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضّرر وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الطيب لم يتأمّل... إلى آخره.

قوله: احدى خصوصيات المكره عليه. ٢٤/١٢٠

أقول: أي أحد أفراد المكره عليه لا نفسه؛ لأنّ المكره عليه أمر كلّي ولو من جهة من الجهات.

صور تعلّق الإكراه ٣: ٣٢١ـ٣٢٣

قوله: كما لو أُكره على التوكيل. ٣٣/١٢٠

أقول: يعني إكراه العاقد المالك على أن يوكّله في بيع ماله.

قوله: وقد ينعكس. ٣٤/١٢٠

أقول: فيكون المالك مكرِهاً ـ بالكسر ـ للغير على أن يكون وكيلاً عنه.

قوله: وقال أيضاً : لو أُكره الوكيل على الطّلاق. ٢/١٢١

أقول: يعني لو أُكره شخص من هو وكيل في الطّلاق من قبل الزوج اختياراً على إيقاع الطلاق في وقتٍ لايريد الوكيل إيقاعه فيه، ولو لم يكره الزّوج الموكّل عليه.

ثمّ إنّه قد علم ممّا ذكره المصنّف﵀ في وجه الصحّة التي اختارها في

الفرع السابق ـ أعني: ما إذاكان المكره بالطّلاق والعقد نفس المالك الّذي ذكره بقوله: «وقد ينعكس كما لو قال: بع مالي وإلاّ قتلتك» ـ أنّ الأقوى عنده في هذا الفرع أيضاً هو الصحّة؛ لوجود العلّة هنا أيضاً.

وهذان الفرعان قد أرادهما من الفرعين فيما بعد هذه العبارة.

٤/١٢١ **قوله: وممّا يؤيّد ما ذكرنا.**

أقول : يعني ما ذكره من الصحّة في الفرعين المذكورين، أمّا في الأوّل منهما فبالصّراحة ، وأمّا في الثاني منهما فلما ذكرناه في الحاشية السابقة، وإلى هذين الفرعين أشار في قوله: «نعم ربّما يستشكل هنا في الحكم المذكور» أي الصحّة.

٨/١٢١ **قولهﷺ : هنا أيضاً، فتأمّل.**

أقول: يعني في صورة الإكراه أيضاً، ولعلّ الأمر بـالتأمّل إشـارة إلى أنّ القصد الّذي يجري في إثباته الأصل في المقام هو مطلق القصد مـقابل اللّـغو وعدم القصد بالمرّة، لا خصوص قصد المدلول مـقابل عـدم القـصد بـالمرّة، ومقابل قصد معنى آخر غير المدلول بنحو التّورية، والنّـافع هـو الثـاني دون الأوّل.

[فــروع]

الإكـراه عـلى مـعيّن فـضم غـيره إليـه ٣: ٣٢٤ـ٣٢٥

١٣/١٢١ **قوله: وفي سماع... إلى قوله: نظر.**

أقول: يعني سماع دعواه قصد بيع النصف بأحد الوجهين المذكورين في المتن قبال دعوى المشتري بيعه لاكذلك بل بالاختيار، وأمّا النظر في السّماع فهو ناشٍ من كونه ممّا لايعلم إلاّ من قبله فتسمع، ومن كـون الظـاهر وقـوعه بالاختيار فلاتسمع، ولعلّ الثاني هو الأظهر.

الإكـراه عـلى الطـــــلاق ٣: ٣٢٥ ـ ٣٢٦

١٦/١٢١ **قوله: وعن بعض الأجلّة.**

أقول: يعني به كاشف اللّثام قالﷺ ـ في شرح عبارة التحرير المذكورة ـ

مالفظه: يعني وإن ظنّ أنّه يلزمه لا مجرّد لفظه بالإجبار وان كان لايريده، أمّا لو علم أنّه لايلزمه إلّا اللّفظ وله تجريده عن القصد فلاشبهة فـي عـدم الإكـراه. انتهىٰ.

غرضه من ذلك الشرح بيان مورد حكم العلّامة بكون وقوع الطّلاق أقرب، يعني: أنّ صورة قصده للمعنى مع علمه بأنّه لا يلزمه إلّا اللفظ خارجة عن مورد كلامه؛ لعدم الشبهة فيها في عدم الإكراه ووقوع الطلاق، فلا يكـون وجه للتعبير بالأقرب كما أنّ صورة قصده للمعنى مع علمه بلزوم القصد، وأنّه ليس له تجريد اللّفظ عن المعنى خارجة عنه أيضاً؛ لعدم الشّبهة فيها في الإكراه وعدم وقوع الطلاق، فلايصحّ التّعبير بما ذكر.

والدّليل علىٰ خروج الصورة الثانية عن مورد كلامه ـ علىٰ فهم كاشف اللّثام ـ تعبيره بالظّن بدل العلم بعد «إن» الوصليّة التي فسّرها المصنّف بالتسوية في قوله: «سواء ظنّ... إلى آخره».

وجه الدلالة : أنّه لولا خروجها لوجب أن يقول: وإن علم بدلاً وإن ظنّ، كما لايخفى، فيعلم من ذلك أنّ المراد من قوله: «أم لا خصوص صورة الشك».

قوله: سواء ظنّ لزوم. ١٧/١٢١

أقول: ظنّه ذلك من جهة ظنّه سببيّة اللّفظ المجرّد عن قصد المعنى لتحقّق المعنى، وهو الطّلاق.

قوله: وبناه. ١٨/١٢١

أقول: أي وقوع الطّلاق.

قوله: إذ لا فرق. ٢١/١٢١

أقول: هذا علّة لرجوعه إليه يعني: أنّه لا فـرق فـي الإضـرار بـالإكـراه موضوعاً أو حكماً بين الأمرين، فاعتبار العجز عن التجريد فيه يدلّ بالملازمة ـ وبواسطة عدم الفرق ـ على اعتبار العجز عن التّورية ووجوبها على العارف

بها، وقد مرّ أنّ مقتضى الإطلاقات عدم اعتبار العجز عن التورية، فيدلّ بواسطة عدم الفرق على عدم اعتبار العجز عن التجريد بالجهل وعدم وجوبه على العالم بكفاية المجرّد، فصار محصّل الجواب عمّا ذكره بعض الأجلّة دعوى قياس الدّليل على خلافه.

أقسام الإكراه على الطلاق وأحكامها ٣: ٣٢٧ـ٣٢٨

٢٨/١٢١ **قوله: أو كان الدّاعي على الفعل... إلى آخره.**

أقول: الظاهر أنّه عطف على رفع الضّرر فكان الأولى أن يقول: أو من جهة شفقة... إلى آخره.

٣١/١٢١ **قوله: من جهة جهله بالحكم الشّرعي.**

أقول: أي جهله بحكم الشارع برفع حكم الفعل المكره عليه وأثره.

٣٢/١٢١ **قوله: أو كونه رأى مذهب.**

أقول: رأى بصيغة الماضي لا المصدر، فلاتغفل. يعني: أو من جهة أنّ المكره على الطلاق اطّلع على مذهب العامّة، أعني: صحّة طلاق المكره، فزعم من ذلك أنّ الطّلاق يقع مع الإكراه في مذهب الشيعة أيضاً.

عقد المكره لو تعقّبه الرضا ٣: ٣٢٨

٣٤/١٢١ **قوله: لو رضي المكره.**

أقول: يعني المالك المباشر للعقد المكره، فلاتغفل.

الاستدلال على الصحّة ٣: ٣٢٨ـ٣٢٩

٣٥/١٢١ **قوله: مقارنة طيب النّفس.**

أقول: يعني طيب نفس المالك بما هو مالك.

١/١٢٢ـ٢ **قوله: طيب نفس العاقد.**

أقول: يعني بما هو عاقد مع قطع النّظر عن جهة كونه مالكاً.

٢/١٢٢ **قوله: وكون إكراهه.**

أقول: «الكون» بالرّفع عطف على «العدم».

٣/١٢٢ **قوله: فلم يصدر.**

أقول: الفاء تعليليّة.

المناقشة في أدلّة البطلان ٣: ٣٣١

قوله: لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ. ١١/١٢٢

أقول: الظاهر منه‌ قدس‌سره أنّه يعتبر في إفادة الاستثناء للحصر أحد أمرين علىٰ نحو منع الخلوّ: اتّصال الاستثناء أو كونه مفرّغاً. والظاهر منه في بيع الفضولي أنّه يعتبر فيها الاتّصال، فلايفيده مع الانقطاع مطلقاً ولو كان مفرّغاً.

والتحقيق: أنّه يفيده مطلقاً بل مع الانقطاع يفيده بنحو أبلغ منه مع الاتّصال لما يأتي في الفضولي إن شاء الله، ولو سلّم أنّه مع الانقطاع لا يفيده فلا وجه للقول بإفادته له مع التفريغ فيما إذا كان الاستثناء معه باقياً على الانقطاع بأن يجعل المستثنى منه المقدّر ما لا يكون المستثنى منه من أفراده، وإلّا لخرج من الانقطاع إلى الاتصال.

هذا كلّه مع منع انقطاع الاستثناء في الآية؛ لما ستطّلع عليه في الفضوليّ، وما هو التحقيق في الجواب عن الاستدلال بها على الفساد هنا وهناك.

المناقشة في دلالة حديث الرفع على البطلان ٣: ٣٣١ـ٣٣٥

قوله: والأحكام المتضمّنة لمؤاخذة المكره. ١٣/١٢٢

أقول: ومنها سببيّة العقد للنّقل.

قوله: وأمّا إلزامه بعد طول المدّة. ١٥/١٢٢

أقول: يعني إلزام المكره، ودليل إلزامه بعده بأحد الأمرين: حديث نفي الضّرر؛ إذ بعدم إلزامه به يتضرّر الطّرف الآخر في فرض طول المدّة فلو أثّر الإلزام فهو، وإلّا يجوز للطّرف الآخر فسخه؛ لسقوط حقّ المكره المتعلّق بالعقد المانع من فسخه، فافهم.

قوله: فهو من توابع الحقّ الثّابت له بالإكراه.

أقول: يعني من الحقّ وقوف العقد على الرّضا؛ فإنّه ثابت له لسبب الإكراه، فلايرفع الإكراه.

قوله: لا من أحكام الفعل.

أقول: يعني ليس من أحكام ذات العقد المتحقّق علىٰ وجه الإكراه حتّى

يندرج تحت الحديث، فيرفع بالإكراه كي يقع التعارض في هذا الحكم بين حديث رفع الإكراه وحديث نفي الضرر الموجب للتساقط والرّجوع إلى الأصل.

١٥/١٢٢ ـ ١٦ **قوله: ثمّ إنّ ما ذكرناه واضح.**

أقول: يعني أنّ ما ذكرناه من ارتفاع إلزام المكره بشيء ومؤاخذته عنه مع الحكم بوقوف عقده على رضاه واضح على القول... إلى آخره؛ إذ عليه لا ملكيّة قبل الرّضا، فلا مؤاخذة ولا إلزام على المكره أصلاً، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمّل؛ إذ مالم يتحقّق منه الرّضا به لا كاشف عن تحقّق الملكية من حين العقد؛ وإذ لا كاشف فلا إلزام ولا مؤاخذة أيضاً.

٢٢/١٢٢ **قوله: علىٰ صحّة بيع المكره.**

أقول: يعني مطلقاً ولو لحقه الرّضا.

٢٣/١٢٢ **قوله: لم يبقَ لها دلالة على حكم المكره.**

أقول: لاختصاصها بالمختار.

٢٤/١٢٢ **قوله: ومع عدم طيب النفس.**

أقول: هذا عطف على الباطل. وقوله: «بالبيع المرضيّ به» متعلّق بمقيّدة.

٢٦/١٢٢ **قوله: بل مقتضى الأدلّة.**

أقول: هذا بمنزلة العلّة لعدم القول بعدم تأثير أصل البيع منفرداً لولا الإكراه كي يرفع بالإكراه، فكان الأحسن أن يقول: إذ مقتضى الأدلّة، أو يقول: بل نقول مقتضى... إلى آخره.

٢٧/١٢٢ **قوله: بعض المؤثّر التامّ.**

أقول: وبعضه الآخر الرّضا.

٢٧/١٢٢ ـ ٢٨ **قوله: لأنّ الإكراه مأخوذ فيه بالفرض.**

أقول: ضمير «فيه» راجع إلى الكون، وفي النسخة المصحّحة بدل هذه

العبارة هكذا: «لأنّه أمر عقليّ غير مجعول» والظاهر أنّه الصحيح.

قوله: يكون تمام المؤثّر نفسه. ٢٨/١٢٢

أقول: يعني يكون متمّم المؤثّر نفس الرّضا، واسم «يكون» فيما بعد ضمير راجع إلى التمام، و«الأمر» بالنّصب خبره، وضمير «منه» راجع إلى الرّضا، و«العارض» بالنّصب صفة المنتزع.

قوله: أو وصف تعقّبه، فتأمل. ٣٠/١٢٢

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّه وإن كان أمراً عقليّاً غير مجعول بالأصالة، لكنّه مجعول بتبع جعل الكلّ، وهو قابل للرّفع.

[● إذن السيّد لو كان العاقد عبداً]

اشتراط إذن السيّد لو كان العاقد عبداً ٣ : ٣٣٧

قوله: ومن شروط المتعاقدين إذن السّيّد لو كان العاقد عبداً. ٦/١٢٣

أقول: عدّ الحرية من شرائط المتعاقدين لم نظفر به في كلام أحد من السّلف، إلّا أنّه ذكر المحقّق رحمه الله في الشرائع ـ بعد اشتراط البلوغ والعقل والاختيار في العاقد وتفريع بطلان بيع الصّبي والمجنون والمغمى عليه والسّكران والمكره ـ أنّه لو باع المملوك أو اشترى بغير إذن سيّده لم يصحّ. وهو كما ترى لايدلّ على اشتراط الحرية، كيف؟ ولم يعدّها في الشروط ولم يفرّع بطلانه عليها؟

فإن قلت: فما الوجه في بطلان عقده بدون إذن سيّده؟

قلت: امّا إذا عقد علىٰ ما في يده وقلنا بأنّه لايملك أصلاً أو يملك ولكنّه محجور عليه كما هو الحقّ، فواضح، وأمّا إذا عقد على ما في ذمّته يتبع به إذا تحرّر، وقلنا بعدم ملكه فلعدم صحّة مالكيّته للمثمن، فيبقى الثّمن بلا عوض يعود إلى دافعه وهو العبد، نعم لا وجه له إذا عقد علىٰ ذمّته وقلنا بملكه محجوراً عليه.

وبالجملة: لا وجه لاعتبار الحرّية مطلقاً حتّى في الصّورة الأخيرة عدا ما يتوهّم من أنّه مال المولى وله حقّ في تصرّفاته التي منها تحريك لسانه وشفته عند العقد، وسيردّه المصنّف‏ﷺ ويعترف بعدم صحّة كونه مستند الحكم.

وأمّا الاستدلال بالآية الشريفة، ففيه: أنّها بنفسها غير دالّة على المدّعى؛ لأنّها بملاحظة ذيلها ليست واردة مورد بيان الحكم الشرعي حتّى يؤخذ بعموم الشيء، بل واردة مورداً آخر، فيجب أن يكون ما لا يقدر عليه العبد شيئاً معلوماً قبل الشرع، وهو بقرينة مقابلته لـ ﴿مَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً﴾[١] ظاهر في كونه المال والإنفاق منه سرّاً وجهراً.

وإن شئت قلت: إنّ المراد منه المال، ولكن كناية عن كلّ فعل يتوقّف وجوده عليه كالبيع والشّراء وسائر المعاملات والنّكاح بل والطلاق أيضاً؛ لأنّه يتوقّف نوعاً إمّا على رفع اليد عن المال، وهو المهر بالنسبة إلىٰ مابعد زمان الطلاق كما في الطلاق الرّجعي؛ وإمّا على أخذ المال كما في الخلع، فحينئذٍ لا دلالة للآية على توقّف تأثير عقده على إذن السّيّد أو إجازته، وإنّما تدلّ علىٰ توقّف تصرّفه المالي أخذاً أو إعطاء عليه، وأين هذا ممّا نحن بصدده؟

وممّا ذكرنا ظهر عدم صحّة الاستدلال على المدّعى باستشهاد الإمام بالآية كما في رواية زرارة المذكورة في المتن، ورواية العقرقوفي، حيث إنّه لايدلّ على عموم الشيء في الآية على نحو يعمّ إنشاءاته من العقود والإيقاعات؛ إذ مايستفاد من حمل الطلاق على الشيء في كلامه‏عليه السلام أنّ «الشّيء» في الآية قد أُريد منه مايعمّ الطّلاق والنكاح.

وذلك يحصل أيضاً بما استفدناه من سياق الآية مع إبقاء «القدرة» على ظاهرها، أعني القدرة الخارجيّة، وهو أنّ المراد من «الشيء» في الآية هو المال والرّزق والأفعال المتوقّفة عليه تحصيلاً أو تفويتاً، فتعميمه على أزيد من ذلك

---

(١) النحل: ٧٥.

مع كونه بلا دليل عليه يوجب مخالفة السياق، والتجوّز في لفظ القدرة بحملها على الشرعية مع لزوم تخصيص الأكثر.

هذا كلّه مضافاً إلى منع كون استشهاده عليه السلام على حقيقة؛ فإنّ بعض علل الأحاديث واستشهاداتهم عليهم السلام ممّا لايدركه عقولنا القاصرة، كقوله في حديث بطلان الصّلاة بالتكتّف: «فإنّه عمل» وفي حديث بطلانها بسجدة التلاوة للعزيمة فيها: «لأنّها زيادة في المكتوبة»؛ فإنّه لايعمّ الحكم لكلّ ما يسمّىٰ عملاً أو زيادة، فالأولى إحالة أمثال ذلك إليهم عليهم أفضل الصّلاة والسلام، وفي بعض الموارد يمكن الحمل على التّقية.

ثمّ إنّ طلاق العبد تارة في ما كانت زوجته أمة لمولاه، وأُخرى فيما كانت حرّة أو أمة لغير مولاه.

أمّا الأوّل: فلا خلاف فيه في أنّ الطلاق بيد السيّد، فليس له الطلاق إلّا بإذنه، وقد دلّت عليه روايات عديدة.

وأمّا الثاني: ففيه خلاف، فالمشهور أنّ الطلاق بيد العبد وليس للسيّد إلزامه به، وعن جماعة أنّه ليس ذلك إلّا بإذن السيّد، ومنشأ الخلاف: اختلاف الأخبار، ولايخفى أنّ مقتضى صناعة الجمع ماذهب إليه المشهور؛ لأنّ دلالة أخبار القول الثاني بالإطلاق، بخلاف أخبار القول المشهور فإنّها تدلّ عليه بالتقييد، فيحمل إطلاقها على الصورة الأُولىٰ من كون زوجته أمة لمولاه.

وأمّا ما ذكره صاحب الحدائق من حمل أخبار المشهور على التقيّة مستشهداً عليه بما رواه العيّاشي في تفسيره عن أمير المؤمنين عليه السلام المشتمل علىٰ جملة: «إنّه يقول للعبد لا طلاق ولا نكاح ذلك إلى سيّده والناس يرون خلاف ذلك إذن السيّد له ولايرون له أن يفرّق بينهما» ففيه: أنّها آبية عن الحمل على التقية، لاشتمالها على التفصيل بين الصّورتين بإثباته للسيّد في صورة، وإثباته للعبد في أُخرىٰ، ولا شهادة للرواية على ما رامه، ويظهر

وجهه بالتأمّل، فتأمّل.

٩/١٢٣ قوله: والظاهر من القدرة.

الدليل على هذا الشرط ٣: ٣٣٧ـ٣٣٨

أقول: نعم، لكن الظاهر منها أيضاً القدرة الواقعية الخارجية لا القدرة الشرعية المنشأة بهذا الكلام، ومع ذلك لايمكن الأخذ بعموم الشيء علىٰ نحو يشمل العقد، فلابدّ من حمله على ما يجامع عدم القدرة الواقعيّة، وعليه لايتمّ الاستدلال.

قوله: خصوصاً بقرينة الرواية.

أقول: يعني منها قوله عليه السلام في صدرها: «إلّا بإذن سيّده» فإنّه قرينة على أنّ المراد من القدرة في ذيلها الاستقلال، وأصرح من ذلك قوله عليه السلام في رواية العقرقوفي ـ بعد الاستشهاد بالآية علىٰ عدم جواز طلاق العبد ـ: «لايقدر على نكاح إلّا بإذن مولاه».

١١/١٢٣ قوله: لايترتّب عليه الأثر المقصود.

أقول: مقتضى توصيف الأثر بالمقصود أنّ المراد من الشيء في الآية هو الأمر القصدي، أي ما يتوقّف تأثيره على القصد والقدرة والاختيار، وعلىٰ هذا يكون خروج إتلافات العبد وجناياته وإحداثه ونحوها ممّا لايتوقّف تأثيرها على القصد من باب التخصّص، إلّا أنّ الشأن في استفادة هذا من الآية؛ إذ ليس فيها مايوجب تقييد الشيء بما ذكر؛ فحينئذٍ لابدّ من توجيه التخصيص من الالتزام بما ذكرنا في بيان المراد من الشيء، وإلّا فلامحيص من الالتزام بتخصيص الأكثر مضافاً إلى غيره من المحذورات بناء على التعميم.

١٤/١٢٣ قوله: بل المنع من جهة.

هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة العبد؟ ٣: ٣٣٨

أقول: لا دليل على المنع من تلك الجهة بل المنع فيه كما في الفضولي والمكره إنّما هو من جهة مضمون العقد، وبعبارة أُخرىٰ: أنّ إنشاء العبد كإلقاء الحشيش في النار، له جهتان: جهة نفسه وجهة كونه نقلاً، ومقتضى الأدلّة هو

المنع وعدم الاستقلال من الجهة الثانية لا الأُولىٰ، فلو كان متعلّق العقد غير مربوط بالمولى فلا مانع من الصحّة بدون إجازة المولى، بل ومع نهيه عن الإنشاء أيضاً.

مختار المؤلّف و دليله ٣: ٣٣٨_٣٣٩

قوله: الصحيحة السابقة. ١٨/١٢٣

أقول: هذا فاعل «يؤيّد»، ومفعوله «ارادة الأعمّ من الاجازة»، وفيما ذكره في وجه التأييد نظر؛ لأنّها اشتملت على اعتبار إذن السّيّد في النكاح والطلاق معاً، فكما أنّ النّكاح قام الإجماع والنّص على كفاية الإجازة اللّاحقة من السّيّد في صحّته، كذلك الطلاق قام الإجماع على اعتبار سبق الإذن وعدم كفاية الإجازة في صحّته، فتعميم الإذن فيها بلحاظ اشتمالها على النكاح للإجازة بقرينة الدّليل الخارجيّ علىٰ كفايتها فيه، ثم تخصيصها بالطّلاق بالدّليل الخارجي على اعتبار الإذن، وعدم كفاية الإجازة ليس بأولى من تخصيص الإذن فيها بلحاظ اشتمالها على الطلاق بالإذن السابق بقرينة الاجماع على عدم كفاية الإجازة.

ثمّ تخصيص الرواية بالنّكاح، وإخراجه عنها بالدّليل الخارجي علىٰ كفاية الإجازة، وعدم اعتبار خصوص الإذن بل الثاني أولى، لكونه على وفق ظهور «الإذن» في الإذن السابق.

ما يؤيّد المختار ٣: ٣٣٩_٣٤٠

قوله رحمه الله: ومن ذلك يعرف أنّ استشهاد بعض بهذه الروايات. ٢٦/١٢٣_٢٧

أقول: يعني من كون المعيار في صحّة معاملة العبد رضا السيّد، بحيث لايصحّ بدونه لا سابقاً ولا لاحقاً.

ثمّ إنّ المراد من البعض صاحب الجواهر قدس سره، ومورد استشهاده من الرواية قوله: «لم يعصِ الله وإنّما عصى سيّده». وتقريب الاستشهاد ما ذكره المصنّف قدس سره بقوله: «ودعوى انّ تعليق الصحّة...».

وتوضيح هذه الدعوىٰ: أنّ السّؤال مسوق لفهم حكم تزوّج العبد الذي

هو مضمون العقد، ولا نظر فيه إلى جهة تلفّظه بألفاظ العقد والإنشاء بلسانه، فلايكون تعليق الصحّة في الجواب على الإجازة ناظراً إلى هذه الجهة، فتكون جهة صدور الإنشاء بلسانه مسكوتاً عن حكمها جواباً وسؤالاً، فيرجع إلىٰ مايقتضيه تعليل الصحّة في مورد السؤال «بأنّه لم يعصِ الله وإنّما عصىٰ سيّده» من كون المانع عصيان الله لا عصيان السيّد.

ونتيجته الصحّة بدون إذن السيّد من الجهة الثانية التي كلامنا فيها لانتفاء المانع، وهو عصيان الله أوّلاً وبالذات، مع وجود المقتضي له وعدم دليل يدلّ على اعتبار أزيد من هذه الجهة لانحصاره في أمثال هذه الرواية، ولا دلالة لها على ذلك إلّا إذاكان النظر في السؤال إلى تلك الجهة، وقد مرّ منعه.

وحاصل ما ذكره المصنّف في دفع هذه الدّعوىٰ: أنّه لايتوقّف دلالة الرواية على حكم توقّف صحّة عقد العبد على رضاء السيّد من الجهة الثانية على كون السائل في سؤاله ناظراً إلى تلك الجهة أيضاً، بل يكفي فيه تعليق الصحّة في الجواب على انقلاب عنوان المعصية على السيّد بالإجازة، وأنّه لايصحّ ما دام عنوان المعصية باقياً على حاله، فإنّ العقد من هذه الجهة الثانية، أعني: جهة التصرّف في اللّسان بعد فرض كونه معصية على السيّد، كما هو قضيّة قوله: بل مع النهي أيضاً، لا محالة يندرج في جواب الإمام عليه السلام من دوران أمر الصحّة والفساد من هذه الجهة مدار زوال عنوان المعصية بالاجازة وعدمه.

فظهر أنّ المبنى في الدّفع إنّما هو كون التصرّف اللّساني بالعقد أو بغيره معصيته، وسيأتي منع ذلك، وعلى المنع لايبقى للرّواية دلالة على اعتبار رضاء السيّد من الجهة الثانية أيضاً، فما ذكره صاحب الجواهر قدس سره هو الحقّ، غاية الأمر جعله تصرّف العبد في لسانه عصياناً ليس في محلّه لما ذكره المصنّف رحمه الله.

٢٧/١٢٣ **قوله: بل ومع سبق النّهي أيضاً.**

أقول: كما هو ظاهر لفظ «العصيان» لظهوره في المخالفة، فلايتحقّق في

المورد إلّا مع سبق النهي، فيتصرّف به في ظهور تزوّج بغير إذن المولى في العموم، ويحمل علىٰ صورة النهي لكونه أقوى منه؛ لشيوع التعبير عن النهي عن شيء بعدم الإذن فيه، وهذا بخلاف التعبير بالعصيان عن الفعل بلحاظ صرف عدم الإذن وان لم ينه عنه، فإنّه غير معهود، بل ليس هناك علاقة مصحّحة.

ويتفرّع على ذلك صحّة الاستدلال بقوله: «فإنّه لم يعصِ الله» علىٰ فساد المعاملة المنهي عنها بعنوانها؛ إذ لا مناقشة فيه إلّا دعوى أنّ المراد من العصيان المنفيّ إتيان مالم يشرّعه الشارع ولم يأذن فيه لا إتيان ما نهى عنه وحرمه تكليفاً.

وفيه: أنّه لاريب في أنّ إرادة ذلك من لفظ للعصيان خلاف الظاهر جدّاً، فلابدّ من قرينة، وليست إلّا المقابلة بينه وبين العصيان المثبت في قوله: «وإنّما عصىٰ سيّده» بتوهّم أنّ المراد منه فيه بقرينة «تزوّج بغير إذن سيّده» في الصدر هو إتيان مالم يأذن السيّد، فلو أُريد منه في المنفيّ إتيان المنهيّ عنه لزم التفكيك بين المتقابلين.

وفيه: ما مرّ من إفساد هذا التوهّم بأنّ الأمر بالعكس، وأنّ قوله: «وإنّما عصى سيّده» قرينة على التصرّف في الصدر، فلابأس بالقول بدلالة الرواية على دلالة النهي عن المعاملة بالذّات، كما في مورد الرواية من النكاح في العدّة وأشباهه على الفساد، بل مقتضى ملاحظة قوله عليه‌السلام: «فإذا أجاز جاز» أنّ المدار في فساد ما يُعصى به على الله تعالىٰ عدم قابليّته لعروض الرّضا والإجازة عليه؛ لعدم إمكان رضاه بالمعصية، فيعمّ ما إذا كان منهيّاً عنه بعنوان آخر خارج عن عنوان ذاته غير قابل للزّوال والانقلاب، مثل عنوان الإعانة على الإثم.

وبالجملة: المستفاد من الرّواية أنّ المدار في صحّة المعاملة وفسادها فيما إذا كان إيجادها معصية على انقلاب عنوان المعصية عنها وعدمه، فإن كان

إيجادها معصية عليه ـ تبارك وتعالى ـ ومخالفة لنهيه عنها سواء نشأ عن مقام ذات المنهيّ عنه، أو عن إنطباق أمر خارج عن مقام ذاته منهيّ عنه، لا لأجل مراعاة الغير كعنوان الإعانة على الإثم، فلايصحّ أصلاً؛ لعدم إمكان زوال عنوان المعصية عنها في وقت من الأوقات؛ وإن لم يكن كذلك كما في مورد الرواية، فإنّ العبد فيه وإن عصى الله، ولكن بواسطة انطباق عنوان خارجيّ عليه قابل للزّوال وهو معصية السيّد، فإنها تزول برضا السيّد بفعله وإجازته، له فلا يصحّ ما دامت معنونة بعنوان المعصية على اللّه، وإذا زالت بزوال موضوعها وهو معصية السيّد لأجل إجازته لفعله تصحّ، فتأمّل.

١٢٤/١ **قوله: في مثل هذه لاتوجب الفساد.**

أقول: ممّا كان متعلّق النهي عنواناً مغايراً لعنوان المعاملة مقارناً له في الوجود.

[فـــرع]

١٢٤/٥ **قوله: فرع لو أمر العبد آمرٌ.**

أمر العبد أن يشتري نفسه من مولاه ٣: ٣٤٢ـ٣٤٣

أقول: جهة الكلام في هذا الفرع في أنّ وكالة العبد من قبل الآمر في شراء نفسه وقبوله لها، لمّا كانت بغير إذن المولى، فيحتاج إلى إجازة المولى لها، فوقع الكلام في أنّ بيع المولى يكون إجازة ويقوم مقامه أم لا؟

ثمّ إنّ «من إذنه الصريح» متعلّق «بالكفاية».

١٢٤/١٠ **قوله: على ما سبق منه.**

أقول: ضمير «منه» راجع إلى القائل المستفاد من قبل بالجواز، والمراد منه: صاحب الجواهر ﭭ.

[إلى هنا تمّ القسم الأوّل من البيع في هذا الجزء، ويليه القسم الثاني في الجزء الثالث، ويبدأ بشروط المتعاقدين في كون المالكين مالكين أو مأذونين، أو القول في بيع الفضولي]

فهرس
الجزء الثاني

كتاب البيع

● في تعريف البيع وبيان حقيقته ٩

البيع لغة ٩

اختصاص المعوض بالعين ١١

جواز كون العوض منفعة ١٣

جعل عمل الحرّ عوضاً ١٤

أقسام الحقّ وما يقع منها عوضاً ١٥

تعاريف الفقهاء والمناقشة فيها ٢٣

الأولى في تعريف البيع ٢٥

الإيراد الثاني وجوابه ٢٦

الإيراد الرابع وجوابه ٢٦

الإيراد الخامس وجوابه ٢٧

● الصلح ٢٧

حقيقة الصلح ٢٧

● الهبة ٢٩

حقيقة الهبة المعوضة ٢٩

● القرض ٣٠

الإيراد الأخير وجوابه ٣٠

● معانٍ أُخرى للبيع ٣١

استعمال البيع في معانٍ أُخر ٣١
المناقشة في هذه الاستعمالات ٣٢
● البيع اسم للصحيح أو للأعمّ؟ ٣٨
البيع ونحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم؟ ٣٨
اختيار الشهيدين كونه للصحيح ٣٩
توجيه ما أفاده الشهيدان ٤٠

المعاطاة

● القول في المعاطاة ٤٥
حقيقة المعاطاة ٤٣
صور المعاطاة ٤٣
● حكم المعاطاة ومناقشته ٤٥
حكم المعاطاة ٤٣
توجيه صاحب الجواهر بأنّ محلّ النزاع هي المعاطاة بقصد الإباحة ... ٤٤
المناقشة في توجيه صاحب الجواهر ٤٥
كلام الشيخ ٤٦
رأي أبي حنيفة في المعاطاة ٤٧
كلام ابن إدريس ٤٧
كلام ابن زهرة ٤٩
كلام المحقّق ٥٠
كلام العلّامة ٥١
كلام الشهيد ٥١
تأييد أنّ النزاع في المعاطاة بقصد الملك ٥٢
كلام المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥٣
كلام المحقّق الثاني في تعليقه على الإرشاد ٥٤

حاصل ما أورده المحقّق الثاني على المشهور ٥٥
الجواب عمّا أورده المحقّق الثاني على المشهور ٥٧
هل المعاطاة على القول بالإباحة بيع حقيقة؟ ٥٨
● آراء بعض العلماء في المعاطاة ٦٠
الأقوال في المعاطاة ٦٠
رأي المشهور ٦١
رأي العامّة في المعاطاة ٦٢
أدلّة المعاطاة ومناقشتها ٦٤
الاستدلال بآية ﴿أحلّ الله البيع﴾ ٦٢
الاستدلال بآية التجارة ٦٦
الاستدلال بحديث السلطنة والمناقشة فيه ٦٧
المناقشة في دلالة الآيتين ٦٨
المناقشة في دلالة السيرة ٦٩
الأولى في الاستدلال على المختار ٧٠
● القول بالإباحة واستلزامه قواعد جديدة ومناقشته ٧١
دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة ٧١
المناقشة فيما ادّعاه كاشف الغطاء ٧٥
● القواعد واقتضاء اللزوم ٨٨
مقتضىٰ القواعد اللزوم مطلقاً ٨٨
● أدلّة اللزوم ٩٤
ما يدلّ على اللزوم من الكتاب والسنّة ٩٤
الاستدلال بما يدلّ على لزوم خصوص البيع ٩٦
● الإجماع وعدم لزوم المعاطاة ومناقشته ٩٦
قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة ٩٦
التشكيك في انعقاد الإجماع ١٠١

عدم كشف هذا الإجماع عن رأي المعصوم على فرض حصوله ١٠١
● الملك اللازم ١٠٢
القول بالملك اللازم قول ثالث ١٠٢
● أدلّة عدم لزوم المعاطاة ومناقشتها ١٠٤
ما يدلّ على عدم لزوم المعاطاة ١٠٤
الاستدلال بحديث إنّما «يحلّل الكلام» على عدم الإباحة أو عدم اللزوم ١٠٧
الوجه الأول ١٠٩
الوجه الثاني ١١٠
الوجه الثالث ١١١
الوجه الثاني ١١٣
تعيّن الوجه الثالث أو الرابع ١١٣
الوجه الرابع ١١٤
المناقشة في الوجه الأول ١١٥
المناقشة في الوجه الثاني ١١٦
تعيّن الوجه الثالث أو الرابع ١١٧
استظهار اعتبار اللفظ من هذا الحديث بوجه آخر ١١٧
ما يستشعر منه اعتبار اللفظ في البيع ١١٩
روايات أُخرى تشعر باعتبار اللفظ في البيع ١١٩
● تنبيهات المعاطاة ١٢١
الأول: المعاطاة والبيع ١٢١
هل المعاطاة بيع حقيقة أم لا ؟ ١٢١
حكم الشكّ في اعتبار شرط في المعاطاة ١٢١
هل يعتبر في المعاطاة شروط البيع أو لا؟ ١٢١
مختار المؤلف ١٢٣
نقي الشهيد اعتبار بعض الشروط في المعاطاة ١٢٣

المناقشة فيما أفاده الشهيد ١٢٥
جريان الربا في المعاطاة ١٢٦
جريان الخيار في المعاطاة ١٢٧
الثاني: الإعطاء من جانب واحد ١٣٠
حكم الإعطاء من جانب واحد ١٣٠
خلوّ المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً ١٣٣
الثالث: تمييز البائع من المشتري ١٣٤
تمييز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية ١٣٤
حالات العوضين في المعاطاة ١٣٤
الرابع: أقسام المعاطاة ١٣٥
١ ـ تمليك المال بإزاء المال ١٣٥
٢ ـ تمليك المال بإزاء التمليك ١٣٥
٣ ـ إباحة المال بإزاء العوض ١٣٦
٤ ـ إباحة المال بإزاء الإباحة ١٣٦
الاشكال في القسمين الأخيرين من جهتين ١٣٦
تصحيح إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك بوجهين ١٣٧
١ ـ كون ما نحن فيه من قبيل «اعتق عبدك عني» ١٣٧
عدم جريان الوجه الأول فيما نحن فيه ١٣٨
٢ ـ كون ما نحن فيه من قبيل «شراء من ينعتق عليه» ١٣٨
عدم جريان الوجه الثاني فيما نحن فيه أيضاً ١٣٨
عدم كون ما نحن فيه من قبيل بيع الواهب وعتقه ١٤١
استظهار صحّة إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك من جماعة ١٤١
الإشكال الثاني في صحّة الإباحة بإزاء العوض ١٤٣
الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع ١٤٥
جريان المعاطاة في غير البيع ١٤٥

المناقشة فيما أفاده المحقّق الثاني في معاطاة الإجارة ١٤٦
المناقشة فيما أفاده المحقّق الثاني في معاطاة الهبة ١٤٧
الإشكال في جريان المعاطاة في الرهن ١٤٨
عدم جريان المعاطاة في الوقف ١٤٨
السادس: ملزمات المعاطاة ١٤٩
تأسيس الأصل في المعاطاة من حيث اللزوم والجواز ١٤٩
تلف العوضين ملزم إجماعاً ١٥٠
لو تلف أحد العوضين أو بعضه ١٥٠
تلف العوضين ملزم إجماعاً ١٥١
لو تلف أحد العوضين أو بعضه ١٥١
لو كان أحد العوضين ديناً في الذمّة ١٥٣
حكم نقل العوضين أو أحدهما بعقد لازم ١٥٤
لو كان الناقل عقداً جائزاً ١٥٦
لو كان الناقل غير معاوضة ١٥٧
لو باع العين ثالث فضولاً ١٥٨
لو امتزجت العينان أو إحداهما ١٥٩
لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة ١٥٩
السابع: المعاطاة بعد التلف ١٦٠
هل المعاطاة بعد التلف بيع أو معاوضة مستقلّة؟ ١٦٠
تفريع هذا البحث على القول بالإباحة ١٦٥
الأقوى أن المعاطاة بعد التلف بيع ١٦٦
عن الشهيد أنها معاوضة مستقلّة ١٦٦
الثامن: المعاطاة والتمليك أو الإباحة ١٦٦
العقد غير الجامع لشرائط اللزوم معاطاة أم لا ؟ ١٦٦
ظاهر جماعة كونه معاطاة ١٦٨

ظاهر آخرين عدم كونه معاطاة ١٦٨
الجمع بين القولين ١٦٨
المناقشة في الجمع المذكور ١٦٩
تفصيل الكلام في صور المسألة ١٧٠
حرمة التصرّف في هاتين الصورتين ١٧٠
٣ ـ الرضا بالتصرّف مستقلاً عن العقد ١٧٠
أ ـ كفاية الرضا الارتكازي ١٧٠

عقد البيع وشروطه

● خصوصيّات ألفاظ عقد البيع ١٧٣
اعتبار اللفظ في العقود ١٧٣
كفاية الإشارة مع العجز عن اللفظ ١٧٤
المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنائية والمجازية ١٧٥
ظهور كلمات الفقهاء في وقوع البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه ١٧٥
ظهور كلمات الفقهاء في وقوع غير البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه أيضاً ١٧٦
الأحسن في وجه الجمع ١٧٧
الإشكال في الاعتماد على القرائن الحالية ١٧٨
رجوع استدلال التذكرة إلى ما ذكرناه ١٧٨
دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفية ١٧٩
رجوع استدلال التذكرة إلى ما ذكرناه ١٧٩
تفسير كلام الفخر: «أن لكلّ عقد لازم صيغة تخصّه شرعاً» ١٨٠
وجوب إيقاع العقدبالعناوين الدائرة في لسان الشارع ١٨٠
إشارة بعض الفقهاء إلى ما ذكره الفخر ١٨١
● ألفاظ الإيجاب والقبول ١٨١
الإيجاب بلفظ «بعت» ١٨١

الإيجاب بلفظ «شريت» ١٨١
هل تعتبر العربية في العقد؟ ١٨٢
الاقوى اعتبار عدم اللحن ١٨٢
هل تعتبر عربية جميع أجزاء العقد؟ ١٨٢
هل يعتبر العلم التفصيلي بمعنى اللفظ في العقد؟ ١٨٣
هل تعتبر الماضوية في العقد؟ ١٨٣
الأقوى عدم اعتبار الماضوية ١٨٣
هل يعتبر تقديم الإيجاب على القبول؟ ١٨٤
الاستدلال على عدم جواز التقديم في هذه الصورة ١٩١
عدم جواز تقديم القبول لو كان بلفظ الأمر ١٩٢
اختلاف الفقهاء في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر ١٩٣
كلمات المانعين ١٩٥
كلمات المجوّزين ١٩٥
جواز تقديم القبول لو كان بلفظ «اشتريت» ونحوه والاستدلال عليه ١٩٦
وهن الإجماع المنقول على وجوب تقديم الإيجاب ١٩٩
التحقيق عدم الجواز ١٩٩
لزوم تأخير القبول في المصالحة المشتملة على المعاوضة ٢٠٠
ما يجوز تقديمه من تلك الأقسام ٢٠٠
● القول في الموالاة ٢٠٠
اشتراط الموالاة في العقد ٢٠٠
ما أفاده الشهيد في اعتبار الموالاة ٢٠٠
المناقشة فيما أفاده الشهيد ٢٠٦
● التنجيز في العقد ٢٠٨
وجه اشتراط التنجيز ٢٠٨
صور التعليق في العقود ٢١٨

التعليق على معلوم الحصول حين العقد ٢١٨

التعليق على معلوم الحصول في المستقبل ٢١٨

التعليق على معلوم الحصول حين العقد ٢١٨

التعليق على معلوم الحصول في المستقبل ٢١٩

التعليق على مشكوك الحصول ٢١٩

وجوه أُخر ضعيفة لاشتراط التنجيز ٢٢١

١ ـ عدم قابلية الإنشاء للتعليق ٢٢١

٢ ـ لزوم ترتيب مسبب العقد عليه ٢٢٢

٣ ـ توقيفية الأسباب الشرعية ٢٢٥

الشك في ترتّب الأثر على الإنشاء ٢٢٦

الشك في الشروط المقومة ٢٢٦

● التطابق بين الإيجاب والقبول ٢٢٨

وجه هذا الاشتراط ٢٢٨

● الإيجاب والقبول وجواز الإنشاء ٢٢٩

وجه هذا الاشتراط ٢٢٩

● اختلاف المتعاقدين ٢٣١

اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة ٢٣١

اختلاف المتعاقدين في الموالاة والتنجيز والأهلية ٢٣٣

● أحكام المقبوض بالعقد الفاسد ٢٣٤

١ ـ الضمان ٢٣٤

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ٢٣٤

الاستدلال على الضمان ٢٣٥

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ٢٤٢

قاعدة «ما يضمن بصحيحه» وعكسها ٢٤٢

الأول: معنى القاعدة أصلاً وعكساً ٢٤٤

الثاني: مدرك القاعدة ٢٤٨
الثالث: موارد النقض على القاعدة وعكسها ٢٥٠
معنى العقد ٢٥١
معنى الضمان ٢٥٥
عموم «العقود» ليس باعتبار الأنواع ٢٥٩
معنى الباء في «بصحيحه» و « بفاسده» ٢٦٢
الكلام في مدرك القاعدة ٢٦٦
الاستدلال بقاعدة الإقدام وخبر «على اليد» ٢٦٧
المناقشة في الاستدلال بقاعدة الإقدام ٢٦٧
المناقشة في الاستدلال بخبر «على اليد» ٢٦٨
الاستدلال بما دلّ على احترام مال المسلم وقاعدة نفي الضرر ٢٦٨
توجيه الاستدلال بقاعدة الإقدام ٢٧٠
الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن ٢٧١
لا فرق في الضمان بين جهل الدافع بالفساد وعلمه به ٢٧٢
الكلام في عكس القاعدة ٢٧٤
هل تضمن العين المستأجرة فاسداً؟ ٢٧٥
منشأ الحكم بالضمان ٢٧٧
الأقوى عدم الضمان ٢٧٩
١ ـ الصيد الذي استعاره المحرم ٢٨١
حمل المبيع فاسداً ٢٨٣
٤ ـ الشركة الفاسدة ٢٨٤
مبنى عدم الضمان في عكس القاعدة هي الأولوية ٢٨٤
المناقشة في الأولوية ٢٨٥
مدرك عكس القاعدة بنظر المؤلف ٢٨٧
٢ ـ وجوب الرد ٢٨٧

وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد ٢٨٧
الاستدلال على وجوب الردّ وحرمة الإمساك ٢٨٩
الظاهر من المبسوط والسرائر عدم الإثم في الإمساك ٢٩٠
٣ ـ ضمان المنافع ٢٩٠
ضمان المنافع المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد والدليل عليه .. ٢٩٠
نفي ابن حمزة الضمان بالنبوي: «الخراج بالضمان» ٢٩٥
المناقشة في الاستدلال ٢٩٨
المراد بـ«الضمان» في النبوي ٢٩٨
استدلالان آخران على الضمان والمناقشة فيهما ٣٠١
ما يمكن أن يستدلّ به على الضمان ٣٠٢
المناقشة في الاستدلال ٣٠٢
القول بعدم الضمان موافق للأصل ٣٠٥
القول بالضمان لا يخلو من قوة ٣٠٥
٤ ـ ضمان المثلي بالمثل ٣٠٧
تعريف «المثلي» عند المشهور ٣١٠
توضيح التعريف ٣١٢
تعاريف أُخرى للمثلي ٣١٨
ما هو الأصل فيما يشكّ في كونه مثلياً أو قيمياً؟ ٣٢١
مقتضى القاعدة الضمان بالمثل ثم بالقيمة من النقدين ٣٢٧
الاستدلال على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بآية الاعتداء ... ٣٢٨
المناقشة في الاستدلال ٣٣١
ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل ٣٣٦
ما أُجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة ٣٣٩
ما شكّ في كونه قيمياً أو مثلياً ٣٣٩
٥ ـ كثرة ثمن المثلي ٣٣٩

إذا لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ٣٣٩
الأقوى وجوب الشّراء ٣٤١
جواز المطالبة في بلد التلف وغيره ٣٤١
٦ ـ تعذّر المثل ٣٤١
إذا تعذّر المثل في المثلي ٣٤١
التفصيل بين ما لو طالب المالك وعدمه ٣٤٢
هل العبرة في قيمة المثل المتعذّر بقيمة يوم الدفع أو التعذّر؟ ٣٤٤
الاحتمالات في المسألة مع مبانيها ٣٤٦
هل يختصّ التعذّر بالطارئ أو يشمل الابتدائي أيضاً؟ ٣٥٠
المراد من «إعواز المثل» ٣٥٠
المعيار في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه ٣٥١
هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة أو التلف أو أعلاهما؟ ٣٥١
إذا اسقط المثل عن الماليّة ٣٥٢
لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة ٣٥٢
٧ ـ ضمان القيمي بالقيمة ٣٥٣
ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد والدليل عليه ٣٥٣
استظهار الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة مع تيسر المثل ٣٥٤
لو تيسر المثل في جميع الجهات ٣٥٤
ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد؟ ٣٥٥
الأصل ضمان التالف بقيمة يوم التلف ٣٥٥
الاستدلال بصحيحة أبي ولّاد على أن العبرة بقيمة يوم الضمان ٣٥٧
صحيحة أبي ولّاد على ما رواه الشيخ ٣٥٧
محلّ الاستشهاد في صحيحة أبي ولاد ٣٦١
صحيحة أبي ولاد على ما رواه الشيخ ٣٦٦
محلّ الاستشهاد في صحيحة أبي ولاد ٣٦٦

ما يوهن الاستدلال بالصحيحة علىاعتبارقيمة يوم الضمان ٣٦٨
الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم والمناقشة فيه ٣٧٤
الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر والمناقشة فيه ٣٧٤
توجيه الاستدلال ٣٧٥
استدلال ثالث على أعلى القيم وتوجيهه ٣٧٧
المحكي عن جماعة أن الاعتبار بيوم البيع وتوجيهه ٣٧٧
الدليل على ثبوت بدل الحيلولة ٣٧٨
مورد بدل الحيلولة ٣٧٨
المراد بالتعذّر ٣٨٠
هل يلزم المالك بأخذ البدل؟ ٣٨٠
هل البدل ملك لمالك العين أو مباح له؟ ٣٨٠
هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل؟ ٣٨١
التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها ٣٨٩
خروج العين عن التقويم ٣٩١
خروج العين عن الملكية مع بقاء حقّ الأولوية ٣٩٢
حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها ٣٩٣
حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر وقبل الدفع ٣٩٣
إذا ارتفع التعذّر وجب ردّ العين ٣٩٤
هل يعود ملك البدل إلى الغارم بمجرّد التمكّن من العين؟ ٣٩٤
ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل ٣٩٦
لو حبس العين فتلفت ٣٩٧

شروط المتعاقدين

● البلوغ ٤٠١
المشهور بطلان عقد الصبي ٤٠١

الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصّبي ٤١٦
المناقشة في دلالة حديث رفع القلم ٤١٧
المناقشة في دلالة هذه الروايات ٤١٧
المناقشة في دلالة حديث رفع القلم ٤١٧
ترديد بعضهم في الصحّة وتصريح آخرين بها ٤١٩
الحجّة في المسألة هي الشهرة والإجماع المحكي ٤٢١
ما يستأنس به للبطلان ٤٢١
استظهار البطلان من حديث رفع القلم ٤٢١
كلام العلّامة في عدم صحّة تصرّفات الصّبي ٤٢٣
لا فرق في معاملة الصّبي بين الأشياء اليسيرة والخطيرة ٤٢٣
تفصيل المحدّث الكاشاني بين الأشياء اليسيرة والخطيرة ٤٢٣
تصحيح المعاملة لو كان الصّبي بمنزلة الآلة ٤٢٥
المناقشة في ذلك ٤٢٥
دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذوناً ٤٢٧
المناقشة في ذلك ٤٢٧
كلام المحقّق التستري في توضيح الدعوى ٤٢٧
المناقشة فيما أفاده ٤٢٩
المناقشة في بعض ماأفاده كاشف الغطاء ٤٣١
● القصد ٤٣١
في اشتراط قصد المتعاقدين مدلول العقد ٤٣١
الدليل على هذا الشرط ٤٣١
كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين ٤٣٢
المناقشة فيما أفاده صاحب المقابس ٤٣٧
الصحيح عدم اعتبار التعيين ٤٣٨
عود إلى مناقشة صاحب المقابس ٤٣٨

هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري والقابل للبائع؟ ٤٤٣
مختار المؤلّف ودليله ٤٤٤
كلام العلّامة في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح ٤٤٤
المناقشة فيما أفاده العلّامة من الفرق ٤٤٥
الأولى في الفرق بين النكاح والبيع ٤٤٥
● **الاختيار** ٤٤٦
من شروط المتعاقدين الاختيار ٤٤٦
المراد من قولهم: «المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله» ... ٤٤٧
حقيقة الإكراه ٤٤٩
هل يعتبر عدم إمكان التفصّي عن الضرر بما لا ضرر فيه؟ ٤٥٠
عدم اعتبار العجز عن التورية ٤٥٠
هل يعتبر العجز عن التخلّص بغير التورية؟ ٤٥١
اعتبار العجز عن التخلّص بغير التورية ٤٥١
عدم اعتبار العجز في الإكراه الرافع لأثر المعاملات ٤٥٥
المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات ٤٥٦
الفرق بين الإكراه في الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ٤٥٨
لو أُكره الشخص على أحد الأمرين ٤٥٨
صور تعلّق الإكراه ٤٥٨
فروع ٤٥٩
الإكراه على معيّن فضم غيره إليه ٤٥٩
الإكراه على الطلاق ٤٥٩
أقسام الإكراه على الطلاق وأحكامها ٤٦١
عقد المكره لو تعقّبه الرضا ٤٦١
الاستدلال على الصحّة ٤٦١
المناقشة في أدلّة البطلان ٤٦٢

المناقشة في دلالة حديث الرفع على البطلان ٤٦٢

● إذن السيد لو كان العاقد عبداً ٤٦٤

اشتراط إذن السيّد لو كان العاقد عبداً ٤٦٤

الدليل على هذا الشرط ٤٦٧

هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة العبد؟ ٤٦٧

مختار المؤلّف و دليله ٤٦٨

ما يؤيّد المختار ٤٦٨

فرع ٤٧١

أمر العبد أن يشتري نفسه من مولاه ٤٧١

الفهرس الجزء الثاني ٤٧٣